Über das verfassungsmässige Recht zur Ehe Art. 54 BV.

Dissertation

der juristischen Fakultät der Universität Bern
zur Erlangung der Würde eines doctor juris utriusque

vorgelegt von

Anny Affolter, Grenchen / Solothurn

Buchdruckerei H. Studer-Meyer, Luzern · 1944

Über das verfassungsmässige Recht zur Ehe

Art. 54 BV.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris utriusque
der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Anny Affolter, Grenchen/Solothurn

Buchdruckerei H. Studer-Meyer, Luzern · 1944

Die juristische Fakultät hat diese Arbeit am 5. Februar 1942 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. A. Homberger als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht

Seite

I. Kapitel: **Geschichtliche Entwicklung** 1

II. Kapitel: **Das Wesen der Ehe** 17
a) Die Ehe als sittliches Verhältnis 17
b) Die Ehe als Rechtsverhältnis 19
c) Definition 22

III. Kapitel: **Das Individualrecht** 23
a) Allgemeines 23
b) Der Einzelne als berechtigtes Subjekt 24
1. Ehefähigkeit 25
2. Die elterliche Zustimmung 27
3. Die vormundschaftliche Zustimmung 28
4. Ausweisschriften als Erfordernisse für den Eheschluss 31
c) Der Staat als verpflichtetes Subjekt 33
d) Das Objekt des Individualrechts 36

IV. Kapitel: **Die Ehehindernisse** 39
I. Von der Verfassung ausgeschlossene Gründe . . . 40
a) Oekonomische Rücksichten 40
b) Polizeiliche Gründe 44
c) Kirchliche Ehehindernisse 48
II. Die zivilrechtlichen Ehehindernisse 55

V. Kapitel: **Weitere Bestimmungen des Art. 54 BV** 60
a) Die Anerkennung des ausländischen Eheschlusses . . 60
b) Die Nationalität der Ehefrau 75
c) Legitimation vorehelicher Kinder 82

Zusammenfassung 84

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546501_0038

I. KAPITEL

Geschichtliche Entwicklung

Wenn von Individualrechten die Rede ist, so wird stillschweigend eine Beziehung zwischen Staat und Bürger vorausgesetzt, in der einerseits dem Staate ganz bestimmte, seinem Wesen begriffsnotwendig zustehende Hoheitsrechte zukommen, in der aber anderseits dem Bürger gewisse Freiheiten positivrechtlich garantiert sind, eben die Individualrechte. Dieses Rechtsverhältnis, wie auch der Staat selbst in dem heute geltenden Sinne, ist eine Schöpfung des 19. Jahrhunderts, weitgehend geformt durch die Ideen der französischen Revolution oder, genauer ausgedrückt, ihrer Vorkämpfer in Philosophie und Staatstheorie. Die Individualrechte sind von Anfang an als Bindung und Schranke für die Gewalt dieses Staates — wir nennen ihn mit einem vieldeutigen und daher unklaren Ausdruck „Rechtsstaat" — statuiert worden. Bevor der durch eine Verfassung in seinen Kompetenzen und Funktionen bestimmte Staat Tatsache oder zum mindesten konkretes Postulat geworden ist, können wir von Individualrechten im technischen Sinne überhaupt nicht sprechen.

Damit ist der geschichtliche Anfang dieser Betrachtung gesetzt, die eines der wichtigsten Individualrechte, das Recht zur Ehe, zum Gegenstand hat. Wir können seine Entwicklung von dem Augenblick an verfolgen, wo die Postulate der „Menschenrechte" in den Staatsverfassungen der europäischen Länder Verwirklichung finden, d. h. vom Ende des 18. Jahrhunderts an.

In der Schweiz machte die Helvetik den ersten Versuch, einen Staat in diesem Sinne zu formen, ging aber mit einem alle

historischen und psychologischen Gegebenheiten missachtenden Radikalismus vor. Entsprechend ihrem unbedingten Willen zum Einheitsstaat führte sie auch auf dem Gebiet der Matrimonialgesetzgebung eine einheitliche Regelung ein mit dem Grundsatz der obligatorischen Zivilehe. Nur der bürgerliche Akt sollte als rechtsbegründend für die Ehe anerkannt werden. Da die Helvetik jede konfessionelle Bindung ablehnte (la loi doit être athée), anerkannte sie auch keine kirchlichen Ehehindernisse und die ökonomischen hatten vor der allgemeinen Idee der Menschenrechte zu weichen[1]). Allein, wie die einheitsstaatliche Ordnung überhaupt, so konnte auch diese Regelung auf schweizerischem Boden keine feste Wurzel fassen und blieb vorläufig ohne dauernde Wirkung.

Als dann die Mediationsverfassung und der Bundesvertrag von 1815 die föderalistische Tradition der Schweiz wieder aufnahmen, wurde den Kantonen die Normierung der Ehe neuerdings überlassen.

Während in diesen Verfassungen die Freiheit der Niederlassung, der Presse, des Handels und Gewerbes des Gewissens und der Ausübung des Kultus bundesrechtlich garantiert wurden, finden wir auffallenderweise weder in der Mediation und Restauration noch in der Bundesverfassung von 1848 eine Gewährleistung des Rechtes zur Ehe. Erst 1874 wurde die Freiheit des Eheschlusses als verfassungsmässiges Recht unter den Schutz des Bundes gestellt. Allerdings bildete die Aufnahme des Art. 54 in die geltende Bundesverfassung den Abschluss einer Entwicklung, die schon zu Anfang des 19. Jahrhunderts einsetzte, und im folgenden kurz zu skizzieren ist.

Die Ehegesetzgebung der verschiedenen eidgenössischen Stände war sehr mannigfaltig. Entsprechend der Auffassung der Ehe als Sakrament wiesen die katholischen Kantone die Normierung des Eheschlusses und seiner Wirkungen der Kirche zu. Auch in protestantischen Kantonen galt die Trauung ursprünglich als kirchlicher Akt und wurde als solcher in Bern, Baselland, Solothurn, St. Gallen, Graubünden und Aargau, also auch in einzelnen paritätischen Kantonen, bis zur eidgenössischen Regelung beibehalten.

---

[1]) Vergl. Bulletin des lois, Bd. 1, S. 261, 307, 342.

Demgegenüber lehnten die radikal orientierten Kantone Genf, Neuenburg und Baselstadt den kirchlichen Charakter der Ehe ganz ab und führten die obligatorische Zivilehe ein (1815 bzw. 1851 und 1871). Eine kirchliche Trauung wurde nur als nachträgliche, rechtlich irrelevante Formalität gestattet. Bezeichnend für die politische Bewegung im Kanton Tessin war, dass auch dort das Obligatorium der Zivilehe eingeführt wurde, wenn auch in den Voraussetzungen dem einheitlich katholischen Bekenntnis der Bevölkerung Rechnung getragen wurde.

Einen Mittelweg schlugen die Kantone Zürich, Waadt, Thurgau, Schaffhausen und Glarus vor allem mit Rücksicht auf die religiösen Minderheiten ein, indem sie neben dem kirchlichen Eheschluss die fakultative Ziviltrauung einführten. Den Nupturienten wurde die Wahl gelassen und nur bei Uneinigkeit war der zivile Eheabschluss vorgeschrieben[2]).

So herrschten auf dem relativ kleinen Gebiet der Eidgenossenschaft 25 zum Teil wesentlich verschiedene Ehegesetzgebungen. Die Schwierigkeiten, die sich daraus ergaben, konnten bei der losen Bindung, die die Mediationsakte und der Bundesvertrag von 1815 geschaffen hatten, nur im Wege von Konkordaten zwischen den einzelnen Ständen beseitigt oder zum mindesten verringert werden. Dies geschah denn auch in verschiedenen Richtungen.

In der konfessionell gemischten Schweiz erhoben sich besondere Schwierigkeiten im Bezug auf die Anerkennung paritätischer Ehen, und diese sind daher Gegenstand verschiedener Konkordate.

Am 7. Juli 1819[3]) einigten sich 17 Stände dahin, dass Ehen zwischen schweizerischen Angehörigen katholischer und reformierter Kirche von den Kantonen weder verboten noch mit dem Verlust des Bürger- und Heimatrechts bestraft werden sollten. Es wurden dadurch zwei frühere Konkordate[4]) gleichen Inhalts ersetzt und in Art. 2 betont, dass die konkordierenden Stände sich dagegen verwahrten, den Verlust des Heimatrechts wegen Eingehung

---

[2]) Über die Ehegesetzgebung der Kantone im Einzelnen vergl. Huber, System und Geschichte des Schw. Priv. Rechts, Bd. IV, S. 329 ff.
[3]) Offiz. Sammlung I, S. 287 f.
[4]) 22. Juni 1810 und 11. Juni 1812.

einer gemischten Ehe anzuerkennen und solche heimatlose Personen „niemals aufnehmen, sondern beharrlich an die betreffenden Kantone zurückweisen werden". Wallis, Uri, Unterwalden, Schwyz und Appenzell lehnten den Beitritt zu diesem Konkordate ab mit der Begründung, dass ihre Gesetzgebung solche Ehen verbiete. Erstere drei erklärten sich aber einverstanden, „dass, wenn solche Ehen dennoch geschlossen worden wären, die Eheleute und ihre Nachkommen deswegen ihr Heimatrecht nicht verlieren sollten." Diese Zusicherung befriedigte die Tagsatzung und somit fand der Vorbehalt des Art. 2 nur gegen Schwyz und Appenzell Anwendung[5]).

Eine weitere Begünstigung der Mischehen brachte das Konkordat vom 14. August 1821[6]), das gegenüber der Weigerung eines katholischen Geistlichen eine solche Verkündung oder Trauung vorzunehmen, den reformierten Pfarrer oder den Zivilstandsbeamten nach Erfüllung der gesetzlichen Vorschriften durch die Verlobten dazu kompetent erklärte.

Wenn so das kirchliche Ehehindernis aufgehoben wurde, verlangte dagegen Art. 2 ausdrücklich eine Erklärung der Regierung des katholischen Teils, dass dem Eheschluss kein bürgerliches Ehehindernis im Wege stehe.

Dass die Souveränität der Kantone durch diese Einigungen in keiner Weise beschränkt werden wollte, geht besonders deutlich aus Art. 1 des Konkordates vom 4. Juli 1820 über Eheeinsegnung und Kopulationsscheine[7]) hervor, das ein diesbezügliches Konkordat von 1807 revidierte: „Es ist Sache der Kantonsgesetzgebung, zu bestimmen, unter welchen Bedingnissen die Ehe zwischen ihren eigenen Kantonsangehörigen eingesegnet werden möge." Für den ausserkantonalen Eheschluss werden ausdrücklich die gesetzlichen Hindernisse vorbehalten, deren Fehlen durch den Verkündschein sowohl vom Wohn- als vom Heimatort dargetan werden musste. Ein ähnliches Zeugnis wurde für den Eheschluss mit Landfremden von der ausländischen Regierung verlangt. Fehlte eine der im Konkordat aufgezählten Voraussetzungen, so hatte der

[5]) Vergl. Offiz. Sammlung II, S. 26 f.
[6]) Offiz. Sammlung II 27 und Anmerkung, S. 28.
[7]) Offiz. Sammlung, S. 24 f.

Kanton, wo die Trauung stattgefunden hatte, für die Folgen einzustehen; das konnte gegebenenfalls zu einer weitgehenden Unterstützungspflicht führen, und war auch der Grund, weshalb Schwyz und Graubünden anfänglich den Beitritt verweigerten[8]). Schliesslich schlossen sie sich aber doch an, so dass das Konkordat seit dem 27. Juli 1843 auf der Zustimmung aller 22 Kantone beruhte[9]).

Ausser der Regelung der Mischehen waren auch ökonomische Fragen Gegenstand von interkantonalen Abkommen. So verpflichteten sich 12 Stände durch ein Konkordat vom 26. Juli 1839[10]) „weder zu fordern noch zu gestatten, dass von ihren respektiven Gemeinden oder Korporationen eine Einzugstaxe, eine Abgabe oder irgend welche ökonomische Leistungen für eine Heiratsbewilligung von Angehörigen anderer Kantone gefordert werden, welchen die eigenen Kantonsangehörigen nicht in gleichem Masse unterworfen sind." Schaffhausen konnte diesem Konkordat nur bedingt beitreten, da die Gesetze dieses Standes zwar keine besondern Gebühren, aber einen bestimmten Census (200 Gulden) verlangten[11]).

Es zeigt sich, dass in all diesen Konkordaten im allgemeinen nur formelle Erfordernisse geregelt wurden. Materiell wurde für die Freiheit des Eheschlusses dadurch nicht viel erreicht, da die Ehehindernisse der kantonalen Rechte davon nicht berührt wurden, und gerade diese boten in ihrer Mannigfaltigkeit und grossen Zahl bedeutende Schwierigkeiten. Die einzige, in die legislative Kompetenz der Kantone wesentlich eingreifende Bestimmung finden wir in einem Konkordat vom 8. Juli 1808 (bestätigt 9. Juli 1818)[12]), das bestimmte, eine nach den Landesgesetzen geschlossene und eingesegnete Ehe mache die Frau zur Angehörigen desjenigen Kantons, in welchem der Mann das Heimatrecht besitze. Dieser Grundsatz wurde von allen Kantonen anerkannt.

---

[8]) Vergl. die ausführlichen Begründungen in Offiz. Sammlung II, S. 25.
[9]) Offiz. Sammlung III, S. 247.
[10]) Konkordat betr. Regulierung der Bedingungen, unter welchen Angehörige des einen Kantons Angehörige eines andern Kantons ehelichen können, Offiz. Sammlung III, S. 76.
[11]) Vergl. die Erklärung der Gesandtschaft von Schaffhausen, Offiz. Sammlung III, S. 77.
[12]) Offiz. Sammlung I, S. 287.

Die Bundesverfassung von 1848 enthielt keine eherechtlichen Bestimmungen. In den Beratungen wurde zwar im Zusammenhang mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit erstmalig von der Gesandtschaft von Glarus, später von Bern der Antrag auf Gewährleistung der gemischten Ehen gestellt. Er wurde aber aus föderalistischen und konfessionellen Rücksichten [13]) abgelehnt, und somit blieb die Normierung in der Kompetenz der Kantone[14]). Aber bald wurden die Fragen in diesem umstrittenen Gebiet akut. Verschiedene Petitionen, insbesondere die eines schwyzerischen Arztes Benz, gaben den Anlass zur Auseinandersetzung, indem sie eine bundesrechtliche Regelung verlangten. Der Bundesrat lehnte auf Grund von Art. 3 BV die Kompetenz ab, da nur die in der Verfassung ausdrücklich dem Bunde zur Normierung überlassenen Materien Gegenstand eines Bundesgesetzes sein können; zu diesen gehörte das Eherecht nicht. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass der Grundsatz der kantonalen Zuständigkeit in Ehesachen die Konkordate von 1808 und 1819 beherrschte und die ablehnende Minderheit der nationalrätlichen Kommission betonte, dass ja die Kantone durch die Konkordate von 1812 und 1819 die gemischten Ehen wenn auch nicht allgemein erlaubt, so doch anerkannt hätten, was eine genügende Konzession bedeute.

Die Mehrheit der nationalrätlichen Kommission leitete dagegen die Kompetenz des Bundes zur Regelung dieser Frage aus Art. 44 der Bundesverfassung von 1848, der Gewährleistung des konfessionellen Friedens, ab. Gegen eine Störung desselben sollte nach Abs. 2 der Bund einschreiten. Als solche wurde das Verbot gemischter Ehen vom Referenten der nationalrätlichen Kommissionsmehrheit, A. Escher, dargestellt. Da besonders die katholischen Kantone darauf beharrten, ging man von der Behauptung aus, die Kirche erachte die Anhänger anderer Konfessionen für unwürdig, mit Katholiken eine Ehe einzugehen, und dies bedeute nicht nur

[13]) Vergl. dazu Ph. Ant. v. Segesser, Sammlung kl. Schriften, Bd. III, S. 37.

[14]) In den Beratungen über das B. G. vom 3. Dezember 1850 führte der Sprecher der Mehrheit der nationalrätlichen Kommission diese Ablehnung als Argument für die Kompetenz des Bundes an: man habe die allgemeine Norm von Art. 44 nicht durch eine spezielle Bestimmung abschwächen wollen; dies wird aber durch die Verhandlungen der konstituierenden Tagsatzung widerlegt.

eine Beleidigung der einzelnen Betroffenen, sondern des protestantischen Volksteils ganz allgemein. Als solche stelle die Verweigerung der gemischten Ehen eine Gefährdung des konfessionellen Friedens dar[15]). Tatsächlich beruhte die Ablehnung der Mischehen auf religiösen und psychologischen Erwägungen, die von Protestanten und Katholiken geteilt, von letzteren allerdings infolge der sakramentalen Auffassung der Ehe nachdrücklicher betont wurden. So herrschten denn auch, wie der Bundesrat in seiner Botschaft feststellte, in dieser Beziehung konfessionell ruhige Verhältnisse. — Die moderne Staatsrechtslehre[16]) ist mit den Verfechtern der Inkompetenz (Bundesrat Furrer, Nationalrat Schwerzmann[17]) und Ph. A. v. Segesser[18]) darin einig, dass diese Interpretationen des Art. 44, Abs. 2, eine zu weitgehende war, da dieser, wenn auch nicht unbedingt den Ausbruch konfessioneller Streitigkeiten, so doch eine unmittelbar drohende, nicht bloss hypothetische Gefahr voraussetzt. Die Annahme des Bundesgesetzes über die gemischten Ehen vom 30. Dezember 1850 war denn auch weniger von konfessioneller Bedeutung als ein erster Schritt in der Richtung einer einheitlich bundesrechtlichen, liberalen Normierung des Eherechts überhaupt.

Den zweiten Schritt machte das Nachtragsgesetz vom 3. Februar 1862 über die Scheidung gemischter Ehen. Schon 1821 hatte ein Konkordat[19]) die Scheidung ganz allgemein interkantonal zu regeln vorgenommen. Für die Scheidung selbst sowie die güterrechtliche Auseinandersetzung usw. wurde die Kompetenz des Richters am Heimatort des Ehemannes begründet, mit der Möglichkeit der Delegation an den Richter des Wohnortes.

Diesem Konkordat waren 9 protestantische und paritätische Kantone beigetreten, und unter Vorbehalt der kirchlichen Normen, welche die geistliche Kompetenz begründeten, schlossen sich auch Luzern, Zug, Freiburg und Solothurn an[20]). Wie bei den meisten

---

[15]) Vergl. ausführliche Wiedergabe des Berichtes der Mehrheit der nationalrätlichen Kommission, A. Escher, Bundesblatt 1850 III, S. 1—25.
[16]) Burckhardt, Kommentar, 2. Aufl., S. 478, His, Schweiz. Staatsrecht, Bd. III, S. 929.
[17]) Bundesblatt 1850 III, S. 25—28.
[18]) Ph. Ant. v. Segesser, Sammlung kl. Schriften III, S. 30 ff.
[19]) Konkordat vom 6. Juli 1821, Offiz. Sammlung II, S. 39 f. und III, S. 248 (nachträglicher Beitritt v. Waadt, 12. August 1844).
[20]) Offiz. Sammlung II, S. 40.

Konkordaten in Ehefragen handelt es sich also auch hier um die Vereinheitlichung formeller Bestimmungen. Wenn auch die rechtliche Anerkennung der Scheidung als staatliche Sanktion der Zerstörung des ehelichen Bandes, allgemein als bedauerlicher Notbehelf betrachtet wurde[21]), so erschien doch der Erlass eines Bundesgesetzes über die Scheidung gemischter Ehen als notwendige Konsequenz des B. G. von 1850. Damit wurde auch die Kompetenz des Bundes begründet: „In der Garantie der paritätischen Ehen liegt im speziellen auch die Garantie, dass der protestantische Ehegatte bei Eingehung einer solchen Ehe in allen seinen Rechten als Protestant geschützt bleiben soll; dem Protestant steht das Recht zu, zu glauben, dass die Ehe kein Sakrament und daher auch nicht unauflöslich sei[22])." „Durch die Anwendung kirchlichen Rechts oder Übernahme kirchlicher Normen ins bürgerliche Recht wird auf Angehörige anderer Konfessionen ein moralischer Zwang ausgeübt, der die Freiheit des Gewissens beeinträchtigt, und dessen Beseitigung laut Bundesverfassung ein Recht und eine Pflicht des Staates ist[23])." Ferner wurde die Kompetenz auch abgeleitet aus allgemeinen Rechtsbegriffen und der Praxis aller Staaten, Bestimmungen über die Auflösung des ehelichen Verhältnisses von der gleichen gesetzgeberischen Instanz ausgehen zu lassen wie diejenigen über die Begründung[24]).

Der bundesrätliche Gesetzesentwurf sah ein gemeinsames Eherecht für beide Konfessionen vor unter Berücksichtigung der verschiedenen Auffassungen der Scheidung: Für den katholischen Teil sollte sie die Bedeutung einer dauernden Trennung quoad mensam et thorum, für den protestantischen Teil die einer vollkommenen Lösung des Ehebandes haben[25]).

---

[21]) Vergl. Bericht der nationalrätlichen Kommission, Bundesblatt 1862 I, S. 333, und Eingabe der schweiz. Bischöfe an den Bundesrat betr. die gemischten Ehen vom 4. November 1861, Bundesblatt 1861 III, S. 197.

[22]) Bericht der nationalrätlichen Kommission über die Scheidung gemischter Ehen, Bundesblatt 1862 I, S. 334.

[23]) Bericht der Mehrheit der ständerätlichen Kommission vom 11. Juli 1861, Bundesblatt 1861 III, S. 33 f.

[24]) Bundesblatt 1862 I, S. 332.

[25]) Im Bericht der Minderheit der ständerätlichen Kommission (Bundesblatt 1862 I, S. 354 ff.) wurde auf die mangelnde Logik dieses Dualismus hingewiesen. „Von zweien kann nicht der eine entbunden werden, der andere gebunden bleiben. Ehemann ohne Frau ist eben nicht mehr Ehemann."

In der nationalrätlichen Kommission zeigte sich bereits eine starke Tendenz nach Vereinheitlichung. Diese lehnte die Modifizierung des Scheidungsbegriffs nach religiösen Gesichtspunkten ab. und postulierte eine vom konfessionellen gelöste Regelung nach rein bürgerlichen Grundsätzen. Als Vorbilder wurden die Zivilgesetze von Genf, Waadt, Neuenburg, Zürich und Thurgau zitiert[26]). Diese betrachteten die kirchliche Trauung als blosse Gewissenssache, ohne rechtliche Wirkungen; die staatliche Mitwirkung allein gab dem Ehegeschäft den iuridischen Charakter[27]). Durch eine solche einheitlich bundesrechtliche Regelung — vorläufig nur im Gebiet der gemischten Ehen — wäre auch der Dualismus in der Bestimmung des Scheidungsbegriffs für die Ehegatten verschiedener Konfession rechtlich unbeachtlich geworden[28]).

Diese zentralistischen Vorschläge vereinigten aber bloss eine Minderheit von Stimmen auf sich, und das Bundesgesetz vom 3. Februar 1862 behielt für gewisse Fragen immer noch die kantonale Regelung vor. (Wiederverheiratung geschiedener Eheleute, Erziehung und Unterhalt der Kinder, Vermögens- und Entschädigungsfragen.) Als Gerichtsstand für die Scheidung wurde das kantonale Gericht bezeichnet, dem der Ehemann in Statusfragen unterstand; nur für den Fall, dass der betr. Kanton die Scheidung nicht zuliess, wurde das Bundesgericht kompetent erklärt[29]). — Trotz diesen Vorbehalten zugunsten der kantonalen Souveränität in der Normierung der gemischten Ehen und ihrer unbeschränkten Anerkennung im Gebiet des übrigen Ehewesens zeichnete sich doch bereits eine auf umfassende bundesrechtliche Regelung abzielende Entwicklung ab[30]).

Hatte man so für die paritätischen Ehen durch die einheitliche Regelung ein Sonderrecht geschaffen, so war vorauszusehen, dass sich daraus Ungleichheiten ergeben würden, die behoben werden

---

[26]) Vergl. Bericht der Mehrheit der ständerätlichen Kommission, 11. Juli 1861, Bundesblatt 1861 III, S. 33 f.
[27]) Bundesblatt 1861 III, S. 40.
[28]) Bundesblatt 1862 I, S. 356.
[29]) Nachtragsgesetz vom 3. Februar 1862 über die Scheidung gemischter Ehen, A. S. 7, S. 126.
[30]) Vergl. Ph. Ant. v. Segesser, Sammlung kl. Schriften, Bd. III, S. 39 und 182.

müssten. Besonders in den welschen Kantonen machte man darauf aufmerksam. Die ersten diesbezüglichen Anregungen offizieller Natur machten die reformierten Kirchenbehörden 1858 und 1862, worauf der Bundesrat in einem Kreisschreiben an die eidgenössischen Stände vom 18. Februar 1863 ein Konkordat zur Vereinfachung der Formalitäten bei Verheiratung von Angehörigen zweier Kantone[31]) empfahl. Durch verschiedene Rekurse auf Grund des B. G. von 1850 wurde die Frage noch mehr in den Vordergrund geschoben[32]). Es zeigte sich, dass zwar das kirchliche Hindernis für gemischte Ehen aus dem Wege geräumt worden war, dass den kantonalen Behörden aber in Gestalt ökonomischer Voraussetzungen und anderer partikularrechtlicher Bedingnisse genügend Mittel zur Verfügung standen, um Heiraten zu verhindern. Während nun gegenüber solchen vorgeschobenen Gründen bei gemischten Ehen die Bewilligung durch Rekurs an die Bundesbehörden erzwungen werden konnte, war dies bei andern Ehen unter den gleichen Gegebenheiten nicht möglich[33]).

Um solche Unbilligkeiten zu beseitigen, standen zwei Wege offen:

Die Geschäftsprüfungskommission erwog zuerst eine bundesgesetzliche Normierung. Zur Lösung der Kompetenzfrage zog sie, wie beim B. G. vom 3. Dezember 1850 über die gemischten Ehen, die extensive Interpretation verschiedener Verfassungsartikel heran: „Da nämlich die Ehe ein Naturrecht ist, so können die Bestimmungen, welche bloss wegen der Vermögensverhältnisse der Ehekandidaten ihrer Verehelichung Hindernisse in den Weg legen, als eine Verletzung des in Art. 4 ausgesprochenen Grundsatzes der Gleichheit aller Schweizer, sowie als eine Verkümmerung der durch Art. 5 garantierten verfassungsmässigen Rechte der Schweizer aufgefasst werden[34])." Ferner wurden angeführt Art. 43, der den

[31]) 1863 I, S. 394, 1865 III 694 Bundesblatt.
[32]) Bundesblatt 1867 I, S. 624 f.
[33]) Vergl. Abweisung des Rekurses Alois Oberli, 7. November 1866, Bundesblatt 1867 I, S. 624.
[34]) Bundesblatt 1867 I, S. 86 f. und 1867 II, S. 135.

Kantonen untersagt, ihre Angehörigen des Bürgerrechtes verlustig zu erklären Art. 56 und 74, Ziff. 3, welche den Erlass von Gesetzen zur Verhinderung neuer Heimatlosenfälle in die Kompetenz des Bundes stellen. Die zweite Möglichkeit war die einer Vereinbarung unter den Kantonen. Der Kommission lag der bereits erwähnte Konkordatsentwurf von 1866 über die Vereinheitlichung der Formalitäten bei Eheschluss vor. Dieser enthielt aber nur formelle Bestimmungen und berührte keine materiellen eherechtlichen Fragen, „weil es zur Zeit noch unmöglich sei, über letztere ein Einverständnis zu erzielen[35])." So wurden in Art. 1 des Entwurfs die Ehehindernisse der Kantone gewissermassen sanktioniert, und gerade diese sollten ja ausgeschaltet werden. Die Bundesversammlung beauftragte demnach den Bundesrat, die Frage in einem ausgedehnten und liberalen Sinne zu lösen[36]). Da aber die Argumente für die Kompetenz zur Bundesgesetzgebung nicht überzeugten, wurde der Konkordatsweg eingeschlagen und der Entwurf im Januar 1868 den Kantonen unterbreitet[37]). Er ordnete ebenfalls in erster Linie die Formalien, suchte aber daneben auch freiheitliche Grundsätze des Eherechts, wie sie sich gleichzeitig in ausländischen Gesetzgebungen, besonders in Deutschland durchsetzten, einzuführen. Es sollte z. B. kein Vermögensnachweis verlangt werden, sofern bei den Nupturienten Erwerbsfähigkeit vorlag. Die zulässigen Taxen oder Einkaufsgelder wurden auf ein Maximum von Fr. 30.— beschränkt. Weitere Bestimmungen betrafen die Anerkennung des im Ausland nach dortigem Recht erfolgten Eheschlusses, die Nationalität der Ehefrau, die Legitimation vorehelicher Kinder. Das Konkordat trat aber nie in Kraft; Bern allein ratifizierte den Entwurf. Im allgemeinen war weniger die Ablehnung des Inhaltes schuld, dass die Übereinkunft nicht zustande kam, als vielmehr die Aussicht auf eine baldige grundsätzliche Regelung: Das Projekt einer Totalrevision der Bundesverfassung hatte bereits feste Formen angenommen und es war zu erwarten, dass die neue Verfassung eine allgemeine Grundlage für die Ehegesetzgebung schaffen werde. Zudem drängten verschiedene

[35]) Bundesblatt 1867 II, S. 133.
[36]) Bundesblatt a. a. O.
[37]) Bundesblatt 1868 I, S. 57 ff., 80 ff.

Postulate (insbesondere das liberale Programm von 1869) und Motionen (L. Ruchonnet und R. Brunner) auf eine grundgesetzliche Beseitigung der Ehehindernisse. Tatsächlich enthielt Art. 43a des bundesrätlichen Entwurfs vom 17. Juli 1870 das Recht zur Ehe als verfassungsmässige Garantie und weitere Bestimmungen, die im wesentlichen auf den gescheiterten Konkordatsentwurf zurückgingen und mit geringen Abänderungen den heutigen Art. 54 B. V. bilden. Abs. 2 verbot bloss die ökonomischen und polizeilichen Ehehindernisse, die Aufhebung der kirchlichen wurde erst im Nationalrat beigefügt. His[38]) sieht darin bereits eine Äusserung des Kulturkampfes. Gewiss mag damals die kirchenfeindliche Einstellung weiter Kreise mitbestimmend gewesen sein und den äussern Anstoss gegeben haben. Im Grunde aber war die Ausschaltung des kirchlichen Einflusses auf das Recht und die Matrimonialgesetzgebung im besondern das Ergebnis einer langen, konsequenten Entwicklung, auf die hier schon wiederholt hingewiesen wurde. Das Ziel war die vollständige Trennung von Kirche und Staat. Sie bedeutete in einem paritätischen Lande, wie die Schweiz, zugleich eine Vorarbeit für die Zentralisation der Zivilgesetzgebung.

Durch die Garantie der Ehefreiheit durch die Bundesverfassung war die Gesetzgebung in Ehesachen den Kantonen an sich nicht benommen. Art. 43a, Abs. 3, sanktionierte sie vielmehr dadurch, dass die in einem Kanton nach seiner Gesetzgebung abgeschlossene Ehe im ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft ohne weiteres anerkannt werden sollte.

Die beratenden Kommissionen dagegen sprachen sich eher für eine zentralisierte Zivilgesetzgebung aus[39]), und der Verfassungsentwurf vom 5. März 1872 gab in seinem Art. 55 dem Bund die Gesetzgebungskompetenz über das ganze Zivilrecht. Der Eheartikel (Art. 50 dieses Entwurfs) sah daher die Anerkennung der nach kantonalen oder ausländischen Gesetzen abgeschlossenen Ehe nur vor, „solange nicht die Bundesgesetzgebung über die Eingehung der Ehe besondere Vorschriften aufgestellt" haben

[38]) His Ed., Schweiz. Staatsrecht, Bd. III, S. 634.
[39]) Vergl. Prot. der NR-Kommission, StR-Kommission und eidgen. Räte 1871.

würde. Allein der Gedanke der Rechtseinheit war noch nicht populär genug, um durchzudringen. Der Entwurf wurde von Volk und Ständen verworfen.

In den Verhandlungen über den neuen Entwurf vom 4.Juli 1873 sah man von der Vereinheitlichung des Eherechts ab, aber Art. 53: „Die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes ist Sache der bürgerlichen Behörden" erfuhr eine Erweiterung, indem diese Materie bundesrechtlicher Regelung unterstellt wurde. In den Beratungen[40]) fiel auch der Vorschlag, das Obligatorium der Zivilehe in die Verfassung aufzunehmen. Man sah aber davon ab, weil diesem Postulat implicite schon durch die allgemeinen Sätze des Art. 44, Abs. 2[41]), und Art. 53, Abs. 2[42]), genügt sei.

Wie der Bundesrat in seiner Botschaft vom 2. Oktober 1874 betr. die Erlassung eines Gesetzes über die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe ausführte, waren schon damit alle kantonalen Ehebeschränkungen in Frage gestellt[43]).

Dieses Bundesgesetz selbst suchte die Kompetenzen der Kantone insofern möglichst zu wahren, als es keine Bestimmungen über die Organisation der Zivilstandsämter im einzelnen aufstellte. Verlangt war die Einheitlichkeit der Register und die feste Besoldung der Beamten durch die Kantone. — Die Regelung betraf sowohl die Führung der Geburts- und Todesregister als die Beurkundung des Zivilstandes und — im Zusammenhang damit — die Ehe. Diese Materie bildete aber den Hauptteil des Gesetzes. Es wurden dadurch nicht blosse Formalien geregelt, sondern materielles Recht gesetzt. Der damit verbundene tiefe Eingriff in die Gesetzgebungshoheit der Kantone wurde mit der Notwendigkeit begründet, für die einheitliche Form des Eheschlusses auch einheitliche Voraussetzungen zu statuieren: „Die durch die neue Verfassung geschaffene Situation ist also folgende: Es ist ein Gesetz

[40]) Prot., der eidgen. Räte 1873/74.
[41]) „Niemand darf in der Ausübung bürgerlicher oder politischer Rechte um des Glaubensbekenntnisses willen beschränkt oder zur Vornahme einer religiösen Handlung verhalten werden."
[42]) „Auch kann niemand verhalten werden, sich in Ehesachen einer geistlichen Gerichtsbarkeit zu unterwerfen."
[43]) Bundesblatt 1874, S. 1 ff.

über die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes zu erlassen; in demselben ist für die Eheschliessung eine für alle verbindliche gleiche Form: die obligatorische Zivilehe, aufzustellen. Der Bund hat ferner das Recht zur Eingehung der Ehe überhaupt zu sichern, also dafür zu sorgen, dass dasselbe nicht durch kantonale Heiratsrequisite geschmälert werde. In welcher Form er dieser letztern Forderung nachzukommen habe, ist nicht gesagt. Man wird es nicht als absolut notwendig, aber auch nicht als unzulässig erklären können, dass der Bund bei dieser Gelegenheit, wo er die Form der Eheschliessung gesetzlich normiert, auch die materiellen Heiratsrequisite bezeichnet, welche nach der Verfassung noch zulässig sind[44])."

Art. 25 des Bundesgesetzes über Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe übernahm den Wortlaut des Art. 54 B. V., der als solcher keiner Diskussion unterstand. Ferner bestimmte es die gesetzlichen Ehehindernisse und die Bedingungen zur Ehe: Mindestalter, elterliche, bzw. vormundschaftliche Einwilligung und die Formalitäten bei Verkündung und Trauung.

Als einschneidende Neuerung brachte es die allgemeine, grundsätzliche Anerkennung der Scheidung[45]). Die Kantone, in denen das kanonische Eherecht galt, kannten die Scheidung überhaupt nicht, andere machten den bereits dargestellten begrifflichen Unterschied zwischen dauernder Trennung und vollkommener Scheidung je nach der Konfession der Eheleute. Das Bundesgesetz übernahm diese Unterscheidung nicht: „Eine rationelle Lösung dieser Frage ist nur möglich bei gänzlicher Scheidung des Kirchlichen vom Bürgerlichen in Ehesachen[46])."

Während so Begründung und Auflösung der Ehe bundesrechtlich geregelt waren, blieben die Bestimmungen über Verlöbnis, persönliche Wirkungen der Ehe, das eheliche Güterrecht und die

[44]) Botschaft des Bundesrates vom 2. Oktober 1874 betr. die Erlassung eines Bundesgesetzes über Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe, Bundesblatt 1874 III, S. 5 f.
[45]) Art. 43—57, Besondere Bestimmungen über die Scheidung und die daherigen Eintragungen.
[46]) Botschaft des Bundesrates, Bundesblatt 1874 III, S. 16.

übrigen familienrechtlichen Beziehungen kantonal. Erst durch die Partialrevision vom 13. November 1898 erhielt der Bund die Gesetzgebungskompetenz für das gesamte Zivilrecht[47]), die er durch den Erlass des Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 ausübte. Durch diese umfassende Normierung wurde das Zivilstandsgesetz ausser Kraft gesetzt; seine grundsätzlichen Gedanken gingen ins ZGB ein.

Dieser Überblick über die geschichtliche Entwicklung der schweizerischen Ehegesetzgebung führt uns zu folgenden allgemeinen Feststellungen: Die Tatsache, dass erst die B. V. von 1874 das Recht zur Ehe positivrechtlich garantiert hat, bedeutet nicht, dass der Gedanke, jeder habe das Recht, nach seinem Willen und Neigung zu heiraten, neu war. Er erschien vom naturbestimmten Wesen der Ehe aus betrachtet als Postulat der Sittlichkeit und als Voraussetzung der freien Entfaltung der Persönlichkeit. Seine begriffliche Einreihung unter die „Menschenrechte" ergibt sich daher mit zwingenderer Logik als beispielsweise die Freiheit des Handels oder der Presse. So konnte sich auch die nationalrätliche Kommission bei der Behandlung des Konkordatsentwurfs für eine einheitliche Regelung des Eheschlusses schon vor 1874 auf die Auffassung der Ehe als „Naturrecht"[48]) berufen.

Allerdings ist der Begriff des natürlichen Rechts nicht identisch mit unbedingter Freiheit, denn auch die Natur und das Naturrecht kennen bindende Gesetze. Die Bindung an gewisse Normen liegt also auch im natürlichen Wesen der Ehe. Das kanonische Recht, jahrhundertelang die einzige Gesetzgebung in dieser Materie, und die reformierten Ehemandate gaben diesen natürlichen Schranken die Eigenschaft positivrechtlicher Ehehindernisse. Ausserdem stellten sie auch Hindernisse auf, die auf religiösen Grundsätzen und Anschauungen beruhten.

---

[47]) A. S. n. F. XVI, S. 885.
[48]) Vergl. S. 17.

Je mehr sich der Staat um die persönlichen Verhältnisse seiner Angehörigen anzunehmen begann, je ausgedehnter vor allem seine Unterstützungspflicht sich entwickelte, desto grösser wurde auch das staatliche Interesse am Eheschluss, besonders an dessen wirtschaftlicher Seite[49]). Es wurden deshalb gewisse Heiratsbedingungen gestellt, und so traten neben die kirchlichen weitgehende bürgerliche Ehehindernisse, meist ökonomischer Natur.

Diese, im Wesen der Ehe nicht direkt begründeten, mit liberaler Rechtsauffassung und der individualistischen Geistesrichtung unvereinbaren Einschränkungen der Ehefreiheit zu beseitigen, war die Absicht des Gesetzgebers in Art. 54 B. V.

Damit ist die Grundlinie unserer weiteren Betrachtung gezogen: Wir haben zuerst das Wesen der Ehe zu umschreiben, um, davon ausgehend, das Individualrecht mit seinem Dualismus von Freiheit und Gebundenheit zu erfassen. Anschliessend behandeln wir diejenigen Verfassungsbestimmungen des Art. 54, die zwar begrifflich nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Individualrecht stehen, aber diese Garantie in gewissen Richtungen ergänzen.

[49]) Über die ersten derartigen Erscheinungen vergl. Espenschied R. a. a. O., S. 43.

II. KAPITEL

Das Wesen der Ehe

a) Die Ehe als sittliches Verhältnis.

Die eheliche Vereinigung ist durch die Natur des Menschen gegeben und bestimmt. Die aufeinander hingeordneten verschiedenen organischen Anlagen von Mann und Frau und ihr natürlicher Trieb zur gegenseitigen Verbindung ermöglichen die Fortpflanzung des Menschengeschlechts. Die Erzeugung von Nachkommenschaft ist die naturgegebene Folge und der erste, wenn auch nicht der einzige Zweck dieser Vereinigung. Entsprechend dem physisch-psychischen Wesen des Menschen erschöpft sich die eheliche Gemeinschaft aber nicht darin, sondern besteht darüber hinaus in einer Ergänzung der Kräfte von Körper und Geist; sie ermöglicht eine geregelte Befriedigung der geschlechtlichen Triebe, gegenseitige Hilfe, seelischen Austausch, geistige Anregung. Damit ist die Ehe aus dem Bereich des rein Biologischen zu einer umfassenden Liebes- und Lebensgemeinschaft, einem sittlichen Verhältnis erhoben[1]). Als solches behält sie ihre Bedeutung auch, wenn die Ehe kinderlos bleibt.

Das Wesen der Ehe ist so bereits kurz umschrieben. Ihr naturgemässer Zweck ist die Weitergabe des Lebens an eine neue Generation. Dazu gehört nicht nur die Erzeugung, sondern auch die körperliche und geistige Erziehung der Nachkommen.

[1]) Aristoteles, Nikomachische Ethik, 8. Buch, 14. Kap.: „Die Liebe zwischen Mann und Frau scheint auf der Natur zu beruhen, denn der Mensch ist von Natur mehr zum paarweisen als zum staatlichen Leben geneigt, und zwar so viel mehr als das Haus früher und ihm nötiger ist als der Staat und als die Erzeugung von Nachkommen allen Lebewesen gemeinsam ist. Bei den Tieren geht die Gemeinschaft nicht weiter, aber die Menschen leben nicht bloss der Kindererzeugung wegen beisammen, sondern auch wegen des zum Leben Nötigen ... Sie genügen einander, indem jeder das Eigene in die Gemeinschaft gibt."

Menschliches Leben ist nicht bloss eine biologische Tatsache, sondern eine ebenso wichtige geistige und seelische Aufgabe: Die Ehegatten bilden eine Erwerbs- und Verbrauchsgemeinschaft, eine wirtschaftliche Einheit innerhalb der Volkswirtschaft; das materielle Wohlergehen der Einzelnen und des Volkes wird nur gewährleistet durch eine auf gesunden Grundsätzen aufgebaute Haushaltung der Frau und Geschäftsführung des Mannes. Aller wissenschaftliche Fortschritt und jedes künstlerische Werk beruht letzlich auf der Leistung eines Einzelnen, und dabei gilt das Wort Pestalozzis: Im Hause muss beginnen, was leuchten soll im Vaterlande. „Menschenwürdiges Leben", d. h. eine gewisse Kultur im Lebenskreis und in den persönlichen Beziehungen ist wesentlich nicht eine Angelegenheit finanzieller Mittel, sondern der seelischen Kraft der Menschen, die sie gestalten. — Schon mit diesen stichwortartigen Hinweisen ist die eminente soziale und kulturelle Bedeutung der Ehe gekennzeichnet: Nur aus ihr kann und soll dieses Leben in die Zukunft fliessen. In diesem Sinne ist sie sowohl Keimzelle der Gesellschaft als auch Pflanzstätte aller Kultur.

Es ist klar, dass eine solche umfassende Aufgabe der Ehegatten unter sich und gegenüber den Kindern nur in dauerndem, ununterbrochenem Zusammenwirken voll gelöst werden kann, mit andern Worten: die unbeschränkte Dauer des ehelichen Bandes ist ein in seiner Natur begründetes Wesensmerkmal[2]).

Diese Unbegrenztheit im Bezug auf die Dauer findet ihre Parallele in der Intensität: Die durch den Zweck der Ehe bedingte volle körperliche und geistige Hingabe beider Teile kann nur fruchtbar geleistet werden, wenn sie die Individualität des Einzelnen wahrt und in gegenseitigem Vertrauen und unbedingter Gleichwertung von Mann und Frau geschieht. Da nur die Einehe dies gewährleistet, ist sie ein Postulat der sittlichen Ordnung. Diese wiederum ist gleichbedeutend mit der vernunftmässigen, naturtreuen Auswirkung menschlicher Anlagen. Der Versuch, die Naturgemässheit der ausschliesslichen Beschränkung des Ehebandes auf

[2]) Vergl. die Etymologie des Wortes Ehe: è, èwe (lat. aevum) bedeutet ganz allgemein ewig dauerndes Band, Bund, Vertrag. Die heutige Bedeutung beruht auf Besonderung: unter den gesetzmässigen Verträgen war der zur Ehe führende der wichtigste. (Friedr. Kluge, Etymolog. Wörterbuch, 11, Aufl. 1934.)

zwei Menschen zu widerlegen durch den Hinweis darauf, dass dem Urzustand Promiskuität und Gruppenehe entspreche[3]), hält gegenüber den neuesten ethnologischen Forschungen[4]) nicht stand. Es wurde festgestellt, dass bei den primitiven Völkern, deren Rechtsordnung unmittelbar auf dem natürlichen Empfinden beruht, Monogamie die Regel bildet. Diese Eheauffassung ist also nicht bloss ein Ergebnis höherer Kultur und stärkeren moralischen Verantwortungsbewusstseins, sondern eine naturrechtliche Gegebenheit. Dass sie vom Einzelnen beim Eheschluss und während der Ehe starke ethische Kräfte und eine sichere moralische Haltung verlangt, leuchtet ohne weiteres ein und dass ihre Missachtung sich verderblich auswirkt, zeigen nicht nur Einzelbeispiele, sondern auch die Geschichte aller Zeiten.

b) **Die Ehe als Rechtsverhältnis.**

Die Ehe ist nicht nur ein internes Verhältnis zwischen zwei Einzelmenschen[5]), sondern die Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, der Familie, des Staates. Das Recht als Friedensordnung der Gesellschaft muss daher auch die Voraussetzungen, die Wirkungen und die Form des Eheschlusses normieren. Es kann nur die gesetzesgemäss eingegangene Verbindung als rechtmässige Ehe anerkennen und ihr familien- und erbrechtliche Folgen zusprechen.

Dieser Grundsatz ist allen Rechten gemeinsam, so mannigfach auch die einzelnen Normen sind. Das Babylonische Gesetzbuch des Hammurapi, 2250 v. Chr., verlangte den schriftlichen Ehevertrag[6]), ebenso das hebräische Recht[7]). Bei dem weitgehend sa-

[3]) J. J. Bachofen, insbes. in „Das Mutterrecht", Basel 1897. H. L. Morgan, Ancient Society. (Die Urgesellschaft, aus dem englischen übersetzt, von Eichhoff und Kautsky, Stuttgart 1921.)

[4]) So bes. Prof. Schmidt Wilh. und seine Schule: Völker und Kulturen, Regensburg 1924 (in Zusammenarbeit mit W. Koppers). Vergl. Espenschied R. Rassenhygienische Eheverbote und Ehebeschränkungen aus allen Völkern und Zeiten, S. 1.

[5]) Als solches wird es einzig vom sovietrussischen Eherecht behandelt; dort genügt zum Eheschluss Einigung und tatsächliche Herstellung der ehelichen Gemeinschaft, auch ohne Registrierung. Da sich der Staat in keiner Weise einmischt, kann auch von Ehehindernissen nicht die Rede sein.

[6]) „Wenn ein Mann eine Frau nimmt und hat nicht Verträge gemacht, ist dieses Weib nicht Ehefrau."

[7]) Vergl. A. T. Tobias 7, 16.

kralen Charakter der antiken Rechte war auch der Eheschluss regelmässig mit religiösen Zeremonien verbunden, und die Schaffung des ehelichen Bandes wurde nicht nur formal, sondern auch inhaltlich als rechtliches und religiöses Geschehen begriffen[8]). Besonders ausgeprägt ist diese Auffassung auch im kanonischen Eherecht. Erst die Aufklärung brachte im 18. Jahrhundert gegenüber der bisherigen umfassenden Einheit aller Lebensbereiche im Volksbewusstsein die Trennung zwischen profaner und religiöser, bzw. kirchlicher Sphäre. Diese wirkte sich auch im Rechte aus, durch die Trennung von Kirche und Staat im allgemeinen, für das Eherecht im besondern durch die Einführung der von allen religiösen Formen und Anschauungen gelösten Zivilehe.

Die Ehe als rechtliches Institut ist ein Vertrag, der sich aber wesentlich von andern privatrechtlichen Vereinbarungen unterscheidet. Während diesen die freie Bestimmung des Vertragsinhaltes typisch ist, ist er bei jenem zwingend normiert. Dem Einzelnen steht zwar die Entscheidung frei, eine Ehe einzugehen oder nicht, denn „dass jeder einzelne Mensch heirate, ist weder eine physische Notwendigkeit noch eine moralische Pflicht[9])." Entscheidet er sich aber dafür, so muss er den Vertrag bedingungslos abschliessen, ohne Beschränkung im Bezug auf seine Dauer und seine persönlichen Wirkungen[10]).

Dass zwischen Recht und Sittlichkeit ein innerer Zusammenhang besteht, betonten schon die griechischen Denker. Für die Römer bildete das „honeste vivere", die Verwirklichung der Idee des sittlich Guten im Leben, einen wesentlichen Teil der Legaldefinition des Rechtes[11]). Dem gleichen Gedankengang folgend fassen die christlichen Philosophen das Sittliche als Materialobjekt des Rechtes auf. Dieses muss durch seine Sanktion dem moralischen Postulat Erzwingbarkeit verleihen. Wenn dieser Grundsatz auch die ganze

---

[8]) Vergl. Dig. 23, 2 lex 1: Modestinus lib. I Regularum Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae divini et humani iuris communicatio.

[9]) Linneborn, Eherecht, S. 51.

[10]) Die vermögensrechtlichen Wirkungen dagegen können sehr wohl Gegenstand willkürlicher vertraglicher Abmachungen zwischen den Eheleuten sein, weil sie nicht unmittelbar durch das Wesen der Ehe gegeben sind.

[11]) Inst. I, 1 de iustitia et iure, 3: „Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere."

Rechtsordnung beherrscht, so gilt er doch a fortiori für die positive Regelung von Verhältnissen, die nicht bloss äussere Lebensbedingungen und -Beziehungen betreffen, wie etwa das Vermögensrecht, sondern in ihrem Inhalt durch die Natur des Menschen bestimmt sind. Für ihre gesetzliche Gestaltung ist die Weltanschauung des Gesetzgebers massgebend. Das Sittliche ist objektiv; die Weltanschauung dagegen ist eine subjektive Einstellung, deren Übereinstimmung mit dem Sittlichen keine zwingend determinierte ist. Daraus erklärt sich die Verschiedenheit der Ehegesetzgebungen nach dem weltanschaulichen Boden, auf dem sie gewachsen sind. Da aber das Sittliche allein dem immanenten Gesetz menschlicher Natur entspricht, wirkt eine moralwidrige Eheauffassung zersetzend auf die Beziehungen der einzelnen Individuen, wie auch auf die ganze soziale Gemeinschaft. Auch das Rechtsinstitut der Ehe muss also die Merkmale enthalten, die wir in der Betrachtung vom sittlichen Standpunkt aus als wesentliche genannt haben. Dies gilt nicht nur für die persönlichen Wirkungen der Ehe, sondern auch für die Art und Weise ihres Zustandekommens. Es setzt einen freien Willensakt beider Nupturienten voraus, der sich in der gesetzlich vorgeschriebenen Form äussert und auf die Schaffung des Ehebandes mit all seinen Konsequenzen gerichtet ist. Da durch diesen Vertrag die weitestgehenden Rechte auf die Persönlichkeit übertragen werden, gelten die Willensmägel des Vertragsrechts für diesen Konsens in spezifischer Weise[12]).

Die rechtliche Normierung umfasst aber auch Einzelheiten, die mit dem sittlichen Wesen der Ehe nicht im direkten Zusammenhang stehen und vor allem die Gestaltung des Vermögensrechtes betreffen. Bei der Bestimmung der Formalitäten des Eheschlusses hat die Regelung auf Sitten und Gebräuchen und auf verwaltungstechnische Gesichtspunkte Rücksicht zu nehmen. Die Ausführlichkeit und Strenge dieser positivrechtlichen Normen erklärt sich aus dem hervorragenden Interesse des Staates an der Rechtssicherheit auf diesem wichtigen Lebensbereich seiner Angehörigen[13]). Sie

[12]) Über ihre Geltendmachung und ihre Rechtsfolgen vergl. Geiss Hildegard, Wesen der Ehe und Irrtum im Eherecht des BGB, insbes. 36 ff., ZGB 120 ff.

[13]) Wie die Notwendigkeit strenger Formvorschriften im Interesse der Publizität des Eheschlusses erst im Laufe der Entwicklung voll erkannt wurde, zeigt sich deutlich im kanonischen Eherecht, auf dem alle staatlichen Gesetz-

sind niedergelegt im Zivilgesetzbuch und in Zivilstandsverordnungen und werden uns nur insofern beschäftigen, als sie für das Individualrecht im Sinne von Art. 54 B. V. von Bedeutung sind.

c) **Definition.**

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, dass die Ehe sittliche und rechtliche Merkmale enthält, die aber nur als zusammengefasste Einheit den richtigen Begriff der Ehe bilden. Die Definitionen variieren zwar vielfach, je nachdem das formale oder tatsächliche, das individuale oder soziale, das ethische oder das religiöse Moment in den Vordergrund geschoben wird. Das Recht muss durch seine Normierung dem ganzen, komplexen Wesen der Ehe gerecht werden; das schliesst aber nicht unbedingt die stärkere Betonung eines Elementes in der Ausgestaltung im Einzelnen aus.

Das schweizerische Recht kennt keine Legaldefinition der Ehe. Es geht aber grundsätzlich davon aus, dass die Ehe die den natürlichen Anlagen entsprechende Vereinigung eines Mannes und einer Frau zu voller Lebensgemeinschaft mit dem Ziele der Fortpflanzung und Erhaltung menschlichen Lebens (in dem oben definierten, weitesten Sinne, vergl. Art. 159 ZGB) sei, die von der geltenden Rechtsordnung bestimmt und anerkannt wird.

Eine Verbindung, die diesen Anforderungen nicht formell und materiell entspricht, ist keine Ehe im Rechtssinne, und kann daher auch niemals auf die Garantie des Art. 54 B. V. Anspruch erheben.

gebungen bes. in diesem Punkt beruhen: Ursprünglich galt für den Eheschluss bloss der Satz: Consensus facit nuptias. Somit waren heimliche Ehen möglich, und es bestand die Gefahr, dass dabei Ehehindernisse übersehen wurden. Dagegen richtete sich vorerst die Vorschrift, dass durch die formlose Willenseinigung der Brautleute geschlossene Ehen vom Priester öffentlich eingesegnet werden sollten. Das 4. Laterankonzil (1215) verlangte die dreimalige Verkündung durch den zuständigen Pfarrer (C. 3 X de clandestina desponsatione 4, 3). Die definitive Regelung traf das Tridentinum in der Sessio XXIV (1563): Der Eheschluss hatte stattzufinden in facie ecclesiae vor dem zuständigen Pfarrer und 2 Zeugen und die vorherige dreimalige Verkündung durfte keine Hindernisse zu Tage gebracht haben. Vergl. Deutsche Übersetzung der Konzilbeschlüsse, Petz, Der hl. ökumen. Konzils canones et decreta, Passau 1877, und Fleiner, Stellung der kath. Kirche zur obligat. Zivilehe S. 2 ff, Fleiner, die tridentin. Ehevorschrift.

III. KAPITEL

Das Individualrecht

a) **Allgemeines.**

Die Frage nach der rechtlichen Natur der in der B. V. gewährleisteten Grund- und Freiheitsrechte rührt an das Problem des Verhältnisses von Staat und Recht ganz allgemein. Dieses hat in der staatsrechtlichen Theorie zu Auseinandersetzungen Anlass gegeben. Wenn man den Staat als das Primäre, das Recht als Sekundäres, nur im und vom Staate Gegebenes betrachtet, so wird man annehmen müssen, dass der Staat erst dem Menschen die Rechtspersönlichkeit verleiht[1]). Kelsen geht auf dieser Linie noch weiter und identifiziert Staat und Recht. In einer solchen Konzeption ist kein Platz für ein vor- oder überstaatliches Recht. Die Verfassungsbestimmungen, die besondere Freiheitsrechte garantieren, bedeuten daher nach dieser Theorie Beschränkungen der Staatsgewalt, ohne aber eine subjektive Berechtigung für den Einzelnen zu begründen[2]). Seine „Freiheit" auf dem betreffenden Gebiete erscheint als blosse Reflexwirkung. Dieser positivistischen Auffassung gegenüber vertritt die naturrechtliche die Priorität des Rechtes vor dem Staat. Der Mensch als freies, mit Verstand und Willen begabtes Wesen besitzt kraft dieser Eigenschaften Rechte, die in seiner Natur verankert sind. Diese werden vom Staat nicht geschaffen und verliehen, sondern bloss gefunden, anerkannt, garantiert. Die Individualrechte sind demnach objektive Rechtssätze,

---

1) So Jehring, Der Zweck in Recht; Giese, Die Grundrechte.
2) So insbes. Burckhardt, Org. der Rechtsgemeinschaft, S. 74 ff. Dagegen Bühler, Die subj. öff. Rechte, S. 18 f. Vergl. auch Blumer-Morel, Handbuch des schweiz. Bundesstaatsrechts I, S. 354 ff und A. Affolter, Grundzüge S. 27 ff.

denen subjektive Berechtigungen der Staatsangehörigen entsprechen. Diese erhalten durch die verfassungsmässige Garantie einen Anspruch auf Ausschluss jeder staatlichen Einmischung in einer bestimmten persönlichen Sphäre. Auch das schweizerische Recht steht auf dem Boden dieser Auffassung. Das äussert sich besonders deutlich im Prozessrecht: Gegen die Verletzung eines Individualrechts wird dem Betroffenen vermittels der staatsrechtlichen Beschwerde Rechtsschutz gewährt[3]). Durch diese Zuteilung der Aktivlegitimation wird er als ein in einem ihm persönlich zustehenden, subjektiven Rechte Verletzter anerkannt.

Es ist daher richtig, wenn wir ein Individualrecht charakterisieren, indem wir feststellen:

1. das berechtigte Subjekt, 2. das verpflichtete Subjekt, und 3. das Objekt dieses Individualrechtes, in unserem Falle des Rechtes zur Ehe.

b) **Der Einzelne als berechtigtes Subjekt.**

Geht man von der Definition des Rechtes zur Ehe als Naturrecht aus, so muss man es jedem Menschen ohne Ausnahme zugestehen; es wird grundsätzlich auch kein Unterschied zwischen Staatsbürger und Ausländer gemacht. Diese allgemeine Regel erfährt aber notwendige Einschränkungen. Der Maßstab für die Begrenzung der Ehefreiheit ist nicht, wie bei den meisten übrigen verfassungsmässigen Rechten in erster Linie das öffentliche Interesse[4]), sondern die möglichst vollkommene Verwirklichung der Zwecke der Ehe[5]). Indirekt wird dadurch auch das Wohl der Gesellschaft sicher gestellt. Diese Verwirklichung wird nur durch den Einsatz der Kräfte des Einzelnen erreicht und kann daher nicht auf Grund von ausser ihm liegenden Gesichtspunkten umschrieben werden. Die Grenzen des Rechtes zur Ehe

3) Als solche richtet sie sich ans Bundesgericht. Gegen Verletzung formeller Voraussetzungen ist die Beschwerde eine administrative und richtet sich in letzter Instanz an den Bundesrat.

4) Art. 49 Abs. 4; Art. 50 Abs. 1; Art. 55; Art. 56 BV.

5) Vom gleichen Prinzip ausgehend hat das B'Gericht in einem Entscheid vom 30. März 1916 i. S. Hertner gegen Graubünden ein vormundschaftliches Eheverbot gutgeheissen, weil unter der gegebenen Voraussetzungen, „die Verbindung der Rekurrentin mit R. keine dem Wesen der Ehe entspechende sein könnte". A. S. 42 II 83.

dürfen somit nie ausserhalb des Einzelmenschen, im Interesse eines Dritten oder des Staates als Träger der öffentlichen Gewalt begründet sein, sondern müssen in Voraussetzungen der Person bestehen und sie nur soweit beschränken, als Mängel vorhanden sind, die einen sinngemässen Vollzug der Ehe ausschliessen. In diesem Sinne haben wir also die gesetzlichen Einschränkungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Recht zur Ehe hin zu prüfen. Sie bestehen in positiven und negativen Voraussetzungen: der sog. Ehefähigkeit einerseits und den Ehehindernissen anderseits. Es handelt sich dabei um Gegebenheiten subjektiver oder objektiver Art.

1. Die Ehefähigkeit fällt nicht mit der Rechtsfähigkeit zusammen, auch nicht mit der Handlungsfähigkeit, wie sie für den Abschluss eines gewöhnlichen Rechtsgeschäftes erfordert wäre, sondern bestimmt sich nach besondern rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkten.

In objektiver Beziehung verlangt das Gesetz ein bestimmtes Minimalalter. Die Festsetzung im einzelnen ist nach Ländern und Zeiten verschieden und wurde auch bei der Normierung durch das Schweizerische Zivilgesetzbuch diskutiert[6]). Das Ehefähigkeitsalter wurde damals gegenüber dem B. G. über die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe vom 24. Dezember 1874 für den Mann von 18 auf 20, für die Frau von 16 auf 18 Jahre erhöht[7]). Für die frühere Ansetzung wurde besonders mit der sittlichen Gefährdung Jugendlicher argumentiert, die sich ihrer sexuellen Kräfte bereits bewusst, aber noch nicht zur Ehe zugelassen seien. Gehen wir aber von dem eingangs aufgestellten Grundsatz für die Beurteilung der gerechtfertigten Erfordernisse aus, so erweist sich die Regelung des ZGB als zutreffend: Die Ehe als geschlechtliche Vereinigung kann nur bei voller körperlicher Reife ohne Schaden für die Eheleute und ihre Nachkommen vollzogen werden. Der Zeitpunkt, in dem die körperliche Ent-

[6]) Vergl. E. Huber, Geschichte und System des schweizerischen Privatrechts, Bd. V, S. 334 f.; Gmür, Familienrecht, Kommentar S. 31; Egger, Familienrecht II, S. 40.
[7]) ZGB, Art. 96, Abs. 1.

wicklung abgeschlossen ist, ist durch die Natur gesetzt und nach ärztlichen Gutachten rechtfertigt sich für die durchschnittliche Konstitution des Menschen in unserer Zone die späte Ansetzung. Sie ist auch vom wirtschaftlichen Standpunkte aus begründet. Die modernen Verhältnisse in allen Berufen verlangen eine lange Ausbildung und vollen Einsatz, bis der Mann sich eine Stellung geschaffen hat, die ihm die Gründung eines Hausstandes und den Unterhalt einer Familie ermöglicht. Dies ist aber eine unumgängliche Voraussetzung für eine sinngemässe Ehe. Die sittliche und geistige Reife findet sich eher, wenn auch nicht notwendigerweise auf höherer Altersstufe und erst diese gibt die Gewähr für die volle Überlegung und Selbständigkeit des Entschlusses zur Ehe. Dadurch soll eine fremde Beeinflussung in dieser persönlichen Angelegenheit möglichst ausgeschaltet werden.

So steht das Erfordernis eines bestimmten Alters auch mit der subjektiven Bedingung in Beziehung: die Nupturienten müssen wissen, welche Verpflichtungen sie durch den Eheschluss auf sich nehmen; das setzt eine gewisse Einsicht und geistige Reife voraus. Die Bezeichnung „Ehemündigkeit" ist daher zutreffend. Diese ist unentbehrlich; während vom objektiven Alter in gewissem Masse dispensiert werden kann[8]), kann keine obrigkeitliche Verfügung den Mangel an Verständnis für das Wesen der Ehe ersetzen. Das erscheint selbstverständlich im Hinblick darauf, dass die Ehe durch einen Vertrag abgeschlossen wird, den die Brautleute aus freiem Willen miteinander eingehen. Dazu gehört notwendig, dass sie sich auch der Wirkungen des Vertrags voll bewusst sind (nil volitum nisi praecognitum).

Die Ehefähigkeit umfasst also in subjektiver Richtung 2 Merkmale: die Fähigkeiten zu wissen und zu wollen, was die Ehe vom Einzelnen verlangt. Damit ist Personen, die diese Eigenschaften nicht besitzen, ohne Rücksicht auf das objektive Alter die Ehefähigkeit ganz allgemein abgesprochen. Es werden dadurch Schwachsinnige betroffen, deren Verständnis so gering ist, dass es auch den bewussten freien Willen ausschliesst[9]) und Personen, deren Wille durch psychische Störungen in seiner Freiheit be-

[8]) Art. 96, Abs. 2 ZGB, dazu Burckhardt, Bundesrecht 1453, II.
[9]) BGE V. 259 f., 31 II 199 ff., 35 II 154 ff.

einträchtigt ist. Diese letztere Gruppe gehört zum weiteren Kreise der Geisteskranken, denen die Ehe generell verboten ist, auch wenn ihnen ihr Zustand die Fähigkeit, Pflichten und Wesen der Ehe zu erkennen und zu wollen nicht benimmt. Der Ausschluss der Ehefähigkeit bei Psychopathen verfolgt vor allem volkshygienische Zwecke. Er rechtfertigt sich aber auch in Anbetracht des Wesens der Ehe; wenn er Kenntnis und Wille für den Eheschluss wohl genügen, so verhindern die geistigen Defekte doch ein sinngemässes eheliches Leben, das auch die geistigen Kräfte des Menschen beansprucht.

Das subjektive Erfordernis der Ehefähigkeit stammt aus der Überlegung, dass nur ein Mensch, der die Wirkungen der Ehe bewusst bejaht, ihren Anforderungen gerecht werden kann. Ob dies im einzelnen zutrifft, ist eine Tatsachenfrage.

2. Die elterliche Zustimmung.

Die Ehemündigkeit fällt nicht unbedingt mit der allgemeinen Mündigkeit zusammen; bei der Frau tritt sie von Gesetzes wegen vor der Handlungsfähigkeit ein. Auch bei der Jahrgebung (Art. 15 ZGB) wird der Mündigerklärte nicht eo ipso auch ehemündig. Solange sogar für gewöhnliche Rechtsgeschäfte die Zustimmung des Inhabers der elterlichen Gewalt verlangt ist, erscheint sie bei diesem wichtigen Vertrag in besonderer Weise gerechtfertigt. Die Eltern sollen durch ihre reifere Ueberlegung die Jugendlichen vor Übereilung schützen. Zudem tritt durch die Heirat eines Kindes ein neues Glied, die Schwiegertochter bzw. der Schwiegersohn, gewissermassen in die Familie ein; anderseits aber scheidet das Kind aus der Erwerbs- und Verbrauchsgemeinschaft der Familie aus. So erklärt sich dieses Zustimmungsrecht der Eltern nicht nur durch die familiäre Pietät, sondern auch durch ein direktes Interesse am Eheschluss ihrer unmündigen Kinder[10]).

Diese Zustimmung hat familienrechtlichen Charakter und ist daher nicht an öffentlichrechtliche Schranken, wie die Bestimmung

---

[10]) Dies zeigt sich deutlich beim Ausscheiden eines Kindes, dessen Erwerbseinkommen bisher in den elterlichen Haushalt geflossen ist, und im Zusammenhang mit der familienrechtlichen Unterstützungspflicht.

von Art. 54 BV, gebunden. Es steht den Eltern frei, ihrem Kinde die Ehe zu verbieten, weil der andere Teil eine ungenügende Mitgift in Aussicht stellt, wegen Konfessionsverschiedenheit oder weil sie aus politischen oder persönlichen Gründen keine Beziehung mit der betreffenden Person oder Familie wünschen, usw. Das Kind kann sich demgegenüber, so lange es unmündig ist, nicht auf das verfassungsmässige Recht zur Ehe und das Verbot ökonomischer oder kirchlicher Ehehindernisse berufen. Diese Garantie bindet nur die öffentliche Gewalt staatlicher Organe, nie die familienrechtliche Autorität der elterlichen Gewalt.

Die Zustimmung der Eltern kann weder öffentlichrechtlich erzwungen, noch ersetzt werden. Auch wenn die Verweigerung offensichtlich gegen das Interesse des Kindes geschieht, ist keine Behörde legitimiert, ihrerseits die Einwilligung zu substituieren, es sei denn, dass durch den Entzug der elterlichen Gewalt die Zustimmungsbefugnis auf die Vormundschaft übergegangen ist[11]). Es zeigt sich darin die Autonomie der Familie in ihren internen Belangen gegenüber der Staatsgewalt. Mit Eintritt der Handlungsfähigkeit des Kindes fällt auch die elterliche Gewalt weg und es ist für den Eheschluss nicht mehr an die Zustimmung der Eltern gebunden.

3. Die vormundschaftliche Zustimmung.

Die vormundschaftliche Gewalt unterscheidet sich von der elterlichen wesentlich dadurch, dass sie nicht auf dem natürlichen Bande der Abstammung und der dadurch bedingten Pietät beruht. Der Vormund übt vielmehr in öffentlichem Auftrag und kraft öffentlicher Gewalt familienrechtliche Funktionen aus. Aus diesem Doppelcharakter ergeben sich auch die Grenzen seiner Zustimmungsberechtigung.

Mit Ausnahme der Geisteskranken, auf deren Sonderstellung bereits hingewiesen wurde, geht dem ehefähigen Unmündigen oder Entmündigten die Ehefähigkeit an sich durch die Bevormundung nicht verloren. In der Regel hat das Mündel die Urteils-

[11]) Bundesblatt 1914 I, 250.

fähigkeit im Bezug auf die Ehe und behält damit grundsätzlich auch das Individualrecht. Der Vormund als staatliches Organ ist daher an die Schranken des Art. 54 BV gebunden: Er darf die Heirat des Mündels nicht aus kirchlichen, ökonomischen oder polizeilichen Gründen oder wegen früheren Verhaltens verbieten[12]). Anderseits obliegt ihm aber die Fürsorge für das körperliche, geistige und wirtschaftliche Wohl des Mündels, so dass ihm möglicherweise gerade solche Gründe die Verweigerung des Konsenses nahelegen. Wird man ihm einen Verstoss gegen das verfassungsmässige Recht zur Ehe vorwerfen können, wenn er einem wegen Verschwendung und Trunksucht Bevormundeten die Ehe mit einer ebenso verschwenderischen und leichtfertigen Person verbietet, weil er fürchtet, dass diese Verbindung den vollkommenen wirtschaftlichen und moralischen Zusammenbruch des Mündels bedeuten würde? Nein, er handelt hier im wohlverstandenen Interesse des Mündels[13]). Anders läge der Fall, wenn er die Heirat bloss untersagen würde, weil er voraussieht, dass die vorhandenen Subsistenzmittel kaum zum Unterhalt einer Familie ausreichen und diese früher oder später wahrscheinlich der öffentlichen Unterstützung bedarf. Der Vormund würde durch ein solches Eheverbot den Vorteil des Staates sichern; seine Aufgabe und seine Pflicht aber gehen ausschliesslich auf die Warnung der Rechte und des Wohls seines Mündels, eventuell auch gegen die Interessen des Fiskus. Er würde diese Pflicht auch verletzen, wenn er einem bejahrten Mündel die Ehe untersagte im Hinblick darauf, dass dadurch die Erben wesentlich benachteiligt würden. Der Grund für die Beschränkung der Ehefreiheit muss auch hier in der Person des Mündels selbst liegen, nicht in äussern Umständen. Anderseits rechtfertigen aber auch nicht alle Schwächen des Mündels ein Verbot. Wegen Verschwendungssucht oder Arbeitsscheu die Zustimmung zur Heirat verweigern, wenn dadurch die Existenz des Mündels in keiner Weise gefährdet wird, hiesse auf Grund frühern Verhaltens die Ehe verhindern, und dies würde als Strafe empfunden. Gegen eine solche Auffassung richtet sich das ausdrückliche Veto des Art. 54 BV. Dieses schützt den Unmün-

[12]) BGE 50 II, 215 f.
[13]) BGE 42 II 81 ff. und 422 ff., 46 II 205 ff.

digen, der ehefähig ist, und den Entmündigten ebensogut wie den Handlungsfähigen. Es ist denkbar, dass ein solcher ebenso ungeschickt sein Vermögen verwaltet oder ein ebenso unregelmässiges Leben führt, dass aber die äussern Verhältnisse eine Bevormundung nicht nötig erscheinen lassen. Der Ehe einer solchen Person steht nichts im Wege, während einem Bevormundeten unter den gleichen Voraussetzungen die Heirat verboten werden könnte, da er der Aufsicht eines staatlichen Organs direkt untersteht. Dieser unbilligen Rechtsungleichheit gegenüber genügt es, das Verhältnis der Bevormundung zur Ehefähigkeit klarzustellen.

Der Entzug der Handlungsfähigkeit lässt die subjektive Berechtigung aus dem Recht zur Ehe unberührt, aber durch einen körperlichen oder geistigen, moralischen oder tatsächlichen Defekt wird die Ausübung beeinträchtigt. „Nicht die Bevormundung ist es, die ihnen (den Bevormundeten) die Freiheit schmälert, sondern der objektive Grund, aus dem sie bevormundet sind, nicht ihr Verhalten bei voller Fähigkeit, sondern der Mangel an einer richtigen, normalen Fähigkeit. Wenn ein Verschwender bevormundet wird, so geschieht dies nicht wegen seiner erfolgten verschwenderischen Handlungen, sondern weil diese Handlungen einen Mangel in seiner Persönlichkeit darlegen, dessen Wirkung für die Zukunft man vorbeugen will. Hat man Grund genug, solche Personen zu entmündigen, so bedürfen sie des Schutzes und der Aufsicht auch mit Hinsicht auf die Eheschliessung[14])." Daraus ergibt sich die Aufgabe des Vormundes: Er muss die mangelnde Fähigkeit des Mündels durch seine Fürsorge und Überlegung ersetzen. Er muss die Handlungsweise des Mündels so lenken, wie er als normaler Mensch selbst handeln würde. Die Beurteilung stellt dem Vormund eine Ermessensfrage, die mit Rücksicht auf die Individualität des Mündels und dessen ausschliessliche Interessen zu beantworten ist. Diesen Maßstab für die pflichtgemässe Ausübung des vormundschaftlichen Zustimmungsrechtes hat auch das Bundesgericht seinen Entscheiden zugrunde gelegt[15]).

[14]) Huber E. Erläuterungen zum Vorentwurf des schweizerischen ZGB 1901, 1. Heft, S. 100.
[15]) BGE 42 II 84, 46 II 205.

4. Ausweisschriften als Erfordernisse zum Eheschlusse.

Die sogenannten Ehefähigkeitszeugnisse bilden kein weiteres Erfordernis für den Eheschluss. Es handelt sich vielmehr um eine Bescheinigung der zuständigen Behörden, dass die betreffende Person eine rechtmässige Ehe eingehen könne, d. h. dass die notwendigen Voraussetzungen, gesetzliches Alter und genügende Einsicht vorliegen und keine Ehehindernisse der geplanten Verbindung entgegenstehen. Da sich letztere erst bei der ordnungsgemässen Verkündung herausstellen, muss diese zuerst vorgenommen werden. Erst wenn die Verkündungsfrist ohne Widerspruch abgelaufen ist[16]), wird das Ehefähigkeitszeugnis ausgestellt. Seine einzige Funktion ist die amtliche Bestätigung dieser Tatsache und es kann daher nicht verweigert werden.

Die Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilrechts hat solche Ehefähigkeitszeugnisse für den inländischen Eheschluss überflüssig gemacht[17]). Die Erfordernisse sind für die ganze Schweiz die gleichen und die Überprüfung geht in gleicher Weise vor sich. Die Bescheinigung behält aber ihre volle Bedeutung für die Heirat eines Schweizers im Auslande[18]). Wir werden die diesbezüglichen Fragen bei der Behandlung des Abs. 3 von Art. 54 BV eingehend zu besprechen haben. In diesem Zusammenhange begnügen wir uns mit der Feststellung: Ein Schweizer hat, auch wenn er sich im Auslande befindet, vollen Anspruch auf die Rechte, die ihm Art. 54 BV zusichert. Wenn er die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, so würde die Behörde das verfassungsmässige Recht zur Ehe verletzen, wenn sie ihm das nötige Ehefähigkeitszeugnis vorenthalten würde, sei es um einen Druck auf ihn auszuüben, als Repressalie oder aus andern Gründen. Wird zur Vornahme der Verkündung oder Trauung die Vorweisung persönlicher Ausweisschriften, z. B. des Heimatscheines (bzw. Pass) verlangt, so tritt das Recht zur Ehe in Zusammenhang mit dem Recht der freien Niederlassung.

---

[16]) Verweigerung der Verkündung ist unstatthaft, wenn auch ein Ehehindernis geltend gemacht wird. Das Vorhandensein eines solchen muss im ordentlichen Einspruchsverfahren geprüft werden. Burckh. Bundesrecht 1452 VIII.

[17]) Verordnung des Bundesrates über den Zivilstandsdienst vom 18. Mai 1928, A. S. n. F. 44, 241 (Art. 158 ff.).

[18]) Burckhardt, Bundesrecht 1453 I.

Art. 45 BV stellt zwar nicht ausdrücklich die Pflicht der Heimatgemeinde auf, ihren Angehörigen Ausweisschriften auszustellen, da aber die freie Niederlassung und unter Umständen auch der Eheschluss davon abhängig sind, ergibt sich diese Pflicht der Heimatbehörden indirekt, aber nicht weniger zwingend[19]).

Für die Ausmittlung des Heimatscheins als Voraussetzung des Eheschlusses gelten die gleichen Grundsätze wie für das Ehefähigkeitszeugnis: Wenn die Heimatberechtigung des Gesuchstellers erwiesen ist, so darf ihm die Gemeinde die Ausweisschriften nicht verweigern. Er kann sich dabei sowohl auf das Recht der freien Niederlassung als auch auf das Recht zur Ehe berufen.

Soweit sind die Voraussetzungen zum Eheschluss positiver Art: Alter, Einsicht, und unter Umständen gewisse Zustimmungen und gewisse Formalien müssen vorhanden sein, damit das Recht zur Ehe ausgeübt werden kann. Diese Erfordernisse geben im Prinzip zu keinen Auseinandersetzungen Anlass, weil ihre Notwendigkeit einleuchtet. Die negativen Voraussetzungen aber, die Ehehindernisse, erscheinen weniger eindeutig bestimmt und sind daher im Bezug auf ihre Berechtigung einerseits und ihr Genügen anderseits zu untersuchen.

Die Bundesverfassung hat neben die Generalklausel des Art. 54, Abs. 1 in Abs. 2, eine ins Einzelne gehende Vorschrift im Bezug auf diese negativen Voraussetzungen zum Eheschluss aufgestellt. Wir werden sie daher losgelöst von der Person des Berechtigten behandeln. Hier sei nur festgehalten, dass auch die Ehehindernisse grundsätzlich Ehefähigkeitsmerkmale absoluter (Geisteskrankheit, bestehende Ehe) oder relativer (Verwandtschaft, Schwägerschaft) Natur sind, und zwar negative Merkmale, d. h. nicht ihr Vorhandensein, sondern ihr Fehlen gibt die Ehefähigkeit.

Zusammenfassend können wir das durch das Recht zur Ehe berechtigte Subjekt dahin definieren, dass die Garantie des Art. 54 jedem Einzelnen die Ehefreiheit gewährleistet, sofern er die durch die Natur dieser Vereinigung zweier Menschen bedingten und im Gesetz positiv festgelegten Voraussetzungen erfüllt.

[19]) BGE 30 I 33, 35, I 672. Vergl. auch Affolter A., Die individuellen Rechte nach der bundesgerichtlichen Praxis, S. 84.

c) Der Staat als verpflichtetes Subjekt.

Schon zu Beginn unserer Betrachtung machten wir die grundlegende Feststellung, dass die Individualrechte eine Bindung für den Staat, oder genauer gesagt für die kraft staatlicher Autorität handelnden Organe darstellen. Sie wurden ausdrücklich zu dem Zwecke in die Verfassung aufgenommen, um gewisse Angelegenheiten der Persönlichkeit vor dem Zugriff einer übermächtigen Staatsgewalt sicherzustellen. Das Verbot solcher Einmischung richtet sich an alle Staatsorgane ohne Unterschied im Bezug auf die gesetzgeberische, verwaltende oder richterliche Funktion[20]).

Diese Bestimmung des verpflichteten Subjektes gilt nicht nur für das Recht zur Ehe, sondern ist allen Individualrechten gemeinsam. Sie bilden gewissermassen ein Sicherheitsventil für das Subordinationsverhältnis, in dem der Bürger zum Staate steht. Damit ist aber auch ausgesagt, dass der Anspruch auf Grund des Individualrechtes aufhört, wo dieses Subordinationsverhältnis nicht besteht: im Privatrecht.

Es ist sehr wohl denkbar, dass in den Statuten eines Vereins, in einem Gesellschaftsvertrag, in einem Vertrag auf Leistung persönlicher Dienste usw. Klauseln aufgenommen werden, die auf den Eheschluss des Einzelnen direkt oder indirekt Bezug haben. Es ist aber seinem freien Willen überlassen, ob er dem Verein oder der Gesellschaft beitritt oder den Vertrag abschliesst und damit diese Bindungen übernimmt oder nicht.

Ein Verein mit ausgesprochen nationalen Tendenzen kann seine Mitgliedschaft für Verheiratete an die Bedingung knüpfen, dass beide Ehegatten inländischer Abstammung seien. Ebenso kann eine

---

[20]) Überschreitung dieser Schranken, die durch konkrete Zeitverhältnisse gefordert und gerechtfertigt erscheinen können, ändern an den verfassungsmässigen Grundsätzen nichts. Solange diese als solche anerkannt sind, müssen die abweichenden Bestimmungen bestenfalls als Provisorien betrachtet werden und mit dem Wegfall des Ausnahmezustandes, der ihnen zu Grunde liegt, ausser Kraft treten. Trägt der Zustand aber den dauernden Charakter einer neuen zeitgemässeren Rechtsauffassung, die dem Verfassungsgrundsatz entgegengesetzt ist, so erhebt sich die Frage der Revision des betr. Verfassungsartikels.

auf bestimmtem, konfessionellem Boden stehende Vereinigung die Erfüllung religiöser Pflichten und die Respektierung kirchlicher Gesetze (z. B. des Verbots gemischter Ehen) als Erfordernis für die Zugehörigkeit aufstellen[21]). Die Dienstverträge Hausangestellter machen meist stillschweigend die Voraussetzung, dass die Dienstboten unverheiratet seien. Es steht aber nichts im Wege, diese Bedingung ausdrücklich festzusetzen. Die Nicht- oder Nichtmehrerfüllung der Bedingung löst dann in der Regel das Vereins-, Gesellschafts- oder Vertragsverhältnis auf. Das kann allerdings für den Betreffenden mit gewissen Nachteilen verbunden sein (Verlust gesellschaftlicher Beziehungen, Verfall eingezahlter Beiträge, usw.). Er muss diese Konsequenzen tragen, sofern sie nicht offensichtlich mehr als eine blosse Rückwirkung seines eigenen Handelns, nämlich ein Druckmittel oder eine Strafe (z. B. eine Konventionalstrafe) sind. Als solche wären sie selbstverständlich anfechtbar, aber nicht auf Grund des staatsrechtlichen Grundsatzes der Ehefreiheit, sondern weil das Privatrecht unsittliche vertragliche Bindungen als nichtig erklärt[22]). Dass eine solche hier vorliegen würde, ergibt sich bereits aus der Begriffsbestimmung der Ehe.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage: Wie würde sich eine Beschränkung im Bezug auf den Eheschluss für staatliche Beamte und Funktionäre, wie sie andere Staaten kennen, z. B. ein Verbot der Verehelichung mit Ausländerinnen, zu der Verfassungsgarantie verhalten? Vor allem ist zu unterscheiden nach dem Verhältnis, das der Ausübung der betreffenden Funktion zugrunde liegt.

Für den Fall, wo es sich um die Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Pflicht handelt, der sich der Bürger nicht entziehen kann, ohne mit den Staatsgesetzen in Konflikt zu kommen (z. B. Militärdienst, Geschworenenpflicht), haben wir die Frage bereits beantwortet: Eine Einschränkung würde in diesem Fall einen Zwang bedeuten, wie er durch die Garantie des Rechtes zur Ehe gerade ausgeschlossen werden soll.

---

[21]) Vergl. einen diesbezüglichen Entscheid des Bundesgerichts vom 16. März 1918 i. S. Grofillex gegen Union rurale, A. S. 44 II 80.
[22]) Art. 20, 157, 163, Abs. 2 OR.

Beruht die Dienstleistung gegenüber dem Staate auf einem rein privatrechtlichen Dienst- oder Werkvertrag, so richtet sich dieser nach den Regeln des Obligationenrechts, zu dem die Verfassungsgarantie, wie oben gezeigt wurde, keine Beziehung hat.

In anderer Stellung aber befinden sich die Funktionäre, die ihr Amt auf Grund eines besonders gearteten öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses[23]) ausüben und durch Wahl dazu berufen werden. Eine derartige Beschränkung käme vor allem für besonders verantwortungsvolle Organe in Frage. Tatsächlich hat die Bundesverfassung für die Träger höchster exekutiver und richterlicher Gewalt ähnliche Bestimmungen aufgestellt und zwar im Bezug auf die Handels- und Gewerbefreiheit[24]). Sie verfolgt damit den Zweck, die Männer, deren ausschliesslicher Lebensberuf die Wahrung des Wohls von Volk und Land sein soll, von allen wirtschaftlichen Einzelinteressen zu lösen und die notwendige Freiheit und Unparteilichkeit zu sichern. Eine analoge Behandlung des Rechtes zur Ehe würde aber schon rein äusserlich auf bedeutende Schwierigkeiten stossen. Diese intime Verbindung kann nicht aufgehoben werden wie die Zugehörigkeit zu einem Verwaltungsrat, einem Vorstand oder einer Direktion durch den Austritt. Eine einschränkende Bestimmung in dieser Richtung würde sich daher praktisch als Voraussetzung für die Wählbarkeit auswirken, und dadurch mit der diesbezüglichen Norm von Art. 96 bzw. 108, Abs. 1[25]), in Widerspruch treten. Nicht nur die formellen Überlegungen führen zu diesem negativen Resultat. Materiell haben wir festgestellt, dass die Handels- und Gewerbefreiheit mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse gewisse Beschränkungen erfahren kann. Im speziellen Fall der verantwortungsvollen Stellen im Staate liegt ein solches zweifellos vor. Für das Recht zur Ehe aber haben wir aus dem begrifflichen Wesen dieses Verhältnisses den internen Maßstab der Ver-

---

[23]) Vergl. dazu v. Stengel, Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. I, S. 362 f., sowie die diesbezüglichen Ausführungen in Müller Hans, Staatsarbeiter- und Beamtenrecht der Schweiz, insbes. S. 11 ff. und Rehm Hermann, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes.

[24]) Art. 97 BV für die Mitglieder des Bundesrates, Art. 108, Abs. 3, für die des Bundesgerichts, dazu O. G., Art. 3, Abs. 2.

[25]) Wählbar ist jeder Schweizerbürger, der in den Nationalrat wählbar ist.

wirklichung der Ehezwecke als einzig ausschlaggebend erkannt. Dieser weist hier unbedingt auf die Unstatthaftigkeit einer solchen Beschränkung hin[26]).

d) **Das Objekt des Individualrechts.**

Art. 54 BV spricht vom „Recht zur Ehe". Vielfach wird auch der Ausdruck „Ehefreiheit" in synonymer Bedeutung gebraucht, in Anlehnung an die Bezeichnung für die übrigen Freiheitsrechte, schafft Art. 54 doch wie jene einen Bereich, in dem der Einzelne in seinen Handlungen durch keine staatliche Normen gebunden sein soll[27]). Dieser Bereich ist hier „die Ehe". Zum Begriffsinhalt des Wortes Ehe führt H. Geiss[28]) aus: „Wenn die herrschende Meinung bei ihrer Begriffsbestimmung von der Ehe als einer Verbindung spricht, so bringt sie damit ein Doppeltes zum Ausdruck: Ein Entstehen und ein Entstandensein, Vorgang und Zustand. In der Sprache des Lebens wie des Rechts wird das Wort Ehe jedoch nur zur Bezeichnung des Zustandes gebraucht, während die iuristische Terminologie für den Vorgang eigens das Wort „Eheschliessung" geprägt hat." Diese Feststellung trifft auch für den Sprachgebrauch des schweizerischen ZGB zu[29]). Wie ist nun aber die Formulierung der BV im Bezug auf das „Recht zur Ehe" zu interpretieren? Ziehen wir für die Auslegung ausser dem ersten, allgemeinen Satz auch die Bestimmungen in Einzelfragen heran, die in den folgenden Absätzen des Art. 54 enthalten sind, so stellen wir fest, dass alle dem Sinne nach, einzelne sogar ausdrücklich den „Abschluss der Ehe" im Auge haben. Es wäre nun nicht einzusehen, dass die generelle Fassung einen andern Sinn und Zweck haben sollte als die speziellen Normen. Die termino-

[26]) Es ist dagegen möglich und richtig, dass die Wähler bei der Abgabe ihrer Stimme die Persönlichkeit des Kandidaten und damit unter Umständen auch seine Ehe in Betracht ziehen. Eine positivrechtliche Beschränkung würde aber einer allgemeinen Tradition der Schweiz zuwiderlaufen.

[27]) Über die Rechtfertigung des synonymen Gebrauchs siehe His, Ed., Schweiz. Staatsrecht, S. 626.

[28]) Geiss, Hildegard, Das Wesen der Ehe und Irrtum im Eherecht des BGB S. 13.

[29]) Art. 92, 100, 108, 120, 124, Ziff. 2, 125 Ziff. 1, 126, 127 ZGB.

logische Genauigkeit wurde in diesem Falle einer eindrücklicheren, schlagwortartigen Formulierung geopfert. Zum gleichen Schluss führt auch die historische Interpretation: Art. 54 BV richtete sich ursprünglich gegen die mannigfachen Hindernisse und Schwierigkeiten, die die kantonalen Gesetzgebungen dem Eheschluss entgegen stellten. Richtig verstanden ist also das Recht zum freien Eheschluss Gegenstand der Verfassungsgarantie. Die Fortdauer einer bestehenden Ehe kann somit nicht auf Grund des Rechts zur Ehe erzwungen werden. Gegenüber der Scheidungsklage eines Ehegatten kann der andere nicht die Garantie von Art. 54 geltend machen, wenn er die eheliche Gemeinschaft oder auch nur die eheliche Bindung aufrecht erhalten will. Das folgt schon aus der Rechtsnatur des Freiheitsrechts, das eine Verpflichtung für den Staat darstellt; hier aber würde ein Einzelner, der scheidungswillige Eheteil, gebunden. Entwicklungsgeschichtlich wäre ein besonderer, verfassungsmässiger Schutz des bestehenden Ehebandes auch nicht notwendig gewesen, da dieses nach dem damaligen Rechtszustand besonders in den Kantonen, in denen das kanonische Eherecht galt, viel nachdrücklicher als heute den Stempel der Unauflöslichkeit trug.

In Übereinstimmung mit dieser Interpretation hat das Bundesgericht in seiner Praxis immer daran festgehalten, dass durch das Recht zur Ehe lediglich der Eheschluss, nicht aber der Fortbestand der Ehe gewährleistet werde. In den Erwägungen zu einem Entscheid in dieser Frage stellte es am 15. Februar 1879[30]) fest: „Im Gegenteil hat der Bund dann auch das Recht der Auflösung der Ehe, das Scheidungsrecht in den Bereich seiner Gesetzgebung gezogen, so dass die Ehescheidung nunmehr im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft zulässig ist und sonach die Bundesgesetzgebung sowohl das Recht der Auflösung als das der Eingehung der Ehe normiert und garantiert." Aus dieser Formulierung darf aber nicht der Schluss gezogen werden, dem Recht zur Ehe entspreche als Korrelat das Recht auf Scheidung. Nicht Art. 54 BV hob die kantonalen Rechtsnormen, die die Scheidung ausschlossen, auf, sondern sie wurden erst durch die bundesrechtliche Regelung des

[30]) BGE V 37 ff.

Eherechts derogiert[31]). Eine Verhinderung der Scheidung könnte daher auch aus kirchlichen, ökonomischen oder polizeilichen Gründen geschehen, ohne mit der Verfassung in Widerspruch zu treten.

Das verfassungsmässige Recht zur Ehe gewährleistet also ausschliesslich die Nichteinmischung des Staates beim Eheschluss[32]). Dieser Ausdruck bedeutet eine rein passive Haltung und ist in diesem Sinne kennzeichnend für die Verpflichtung, die Art. 54 dem Staat auferlegt: Er darf den Entschluss zur Eingehung der Ehe oder die Wahl des Ehepartners nicht bestimmen und keine Ehehindernisse aufstellen, die nicht durch Wesen und Zweck dieses Institutes gefordert sind. Darüber hinaus aber geht seine Bindung nicht. Es hiesse die Obliegenheiten der Staatsgewalt doch zu weit fassen, wollte man das „suum cuique tribuere", die Aufgabe, jedem zu seinem Rechte zu verhelfen, soweit ausdehnen, dass dem Einzelnen die Schwierigkeiten, die seiner Heirat tatsächlich entgegenstehen, von Staats wegen behoben werden müssten[33]). In dieser Beziehung ist daher der Ausdruck „Ehefreiheit" zutreffender als „Recht zur Ehe", da der Begriff der Freiheit nicht nur den Anspruch, sondern auch die Wahrung desselben aus eigener Kraft umfasst.

---

[31]) Zuerst durch das BG vom 24. Dezember 1874, heute durch das ZGB.
[32]) Vergl. BGE X. 330, Erw. 2.
[33]) Ehestandsdarlehen und Familienzulagen sind vom Standpunkt der Sozialgesetzgebung aus sehr beachtlich. Die Beurlaubung von Wehrmännern zum Zwecke des Eheschlusses erscheint bei langer Dienstzeit als billig. Die vorübergehende Haftentlassung von Sträflingen zur Vornahme der Trauung kann unter Umständen zur Verhinderung ausserehelicher Geburten gerechtfertigt sein. Niemals aber kann in solchen Fällen ein Anspruch aus Art. 54 BV geltend gemacht werden.

IV. KAPITEL

Die Ehehindernisse

Wenn auch Art. 54 BV das Recht zur Ehe ganz allgemein gewährleistet, so ist diese Freiheit doch keine absolute, sondern an das Vorhandensein gewisser Voraussetzungen geknüpft[1]). So lässt schon die Tatsache, dass Abs. 2 bestimmte Arten von Ehehindernissen als unzulässig bezeichnet e contrario schliessen, dass Ehehindernisse im übrigen nicht gegen die Verfassungsgarantie verstossen. Die Bedingungen im einzelnen festzusetzen, ist Sache der Zivilgesetzgebung und die Kodifikationen aller Staaten enthalten diesbezügliche Normen[2]).

Unter Ehehindernissen versteht man Umstände, die entweder eine geplante Heirat ausschliessen oder auch solche, die ihr bloss besondere Schwierigkeiten in den Weg legen. Solche Tatbestände können in der Person des Einzelnen erfüllt sein und verhindern dann seine Verehelichung schlechthin, oder sie ergeben sich aus einer Beziehung, in der er bereits zum andern Nupturienten steht; im letzteren Fall verbietet ihm das Hindernis nur die Ehe mit der betreffenden Person.

Ein weitere Unterscheidung beruht auf den Rechtsfolgen der einzelnen Ehehindernisse: nahe Blutsverwandtschaft und Schwäger-

---

[1]) Rossa Ed. unterscheidet für das neue deutsche Recht eigentliche und uneigentliche Ehehindernisse und versteht unter letzteren solche, die ihre Parallele im Vertragsrecht finden (Irrtum, Täuschung usw.). Unsere Betrachtung bezieht sich nur auf die eigentlichen Ehehindernisse, wie sie verfassungsrechtlich von Bedeutung sind. Die Willensmängel können dafür nicht in Frage kommen.

[2]) BGB Art. 1310 und 1311; Code civil fr. 161—163; Codice civile ital. 58—59.

schaft sind trennende Ehehindernisse; werden sie ausser acht gelassen, so ist die Ehe nichtig. Auch mangelnde Ehefähigkeit oder Fehlen des Ehewillens werden als trennend bezeichnet, haben aber bloss Anfechtbarkeit zur Folge. Aufschiebende Wirkung kommt den Ehehindernissen der Adoptivverwandtschaft und der Wartefrist zu. Sobald der betreffende rechtliche oder sachliche Zustand aufgehoben ist, wird die Ehe vollgültig.

Diese Differenzierungen sind aber nur zivilrechtlich von Bedeutung. Eine Betrachtung vom Standpunkt des Verfassungsrechts aus kann sie ausser acht lassen, da sie für die grundsätzliche Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Individualrecht unerheblich sind.

I. Die von der Verfassung ausdrücklich ausgeschlossenen Gründe

für die Beschränkung der Ehefreiheit umfassen 3 Arten von Tatbeständen, deren Einfluss auf die Eheschliessung als besonders unangebracht und mit dem Charakter der Ehe als Naturrecht unvereinbar erschienen, in den früheren Gesetzgebungen aber z. T. sehr weitgehend enthalten waren.

a) **Ökonomische Rücksichten.**

Unter dieser Bezeichnung fasst man alle jene Bestimmungen zusammen, durch die sich der Staat gewissermassen eine Sicherstellung der wirtschaftlichen Existenz des zu gründenden Hausstandes oder auch fiskalischer Interessen zu verschaffen suchte[3]). Sie wirkten sich nicht in allen Fällen verhindernd auf den Eheschluss aus, bedeuteten aber immer eine zusätzliche Belastung.

[3]) Huber E., System und Geschichte des Schweiz. Privatrechts, Bd. IV, S. 337.

Die gesetzgeberische Gestaltung und praktische Handhabung dieser ökonomischen Bestimmungen als Erfordernisse zum Eheschluss war eine äusserst mannigfaltige und ist meistens bezeichnend für den Zweck.

Es äussert sich vor allem die Tendenz der Gemeinwesen, sich vor einem übermässigen Anwachsen ihrer Unterstützungspflichten zu schützen und ihre Armenlasten zu verringern. Diesem Zweck diente die Festsetzung eines bestimmten Zensus in einer Höhe, die darauf schliessen liess, dass die nötigen Subsistenzmittel vorhanden seien. Der gleiche Erfolg — die Sicherstellung des Staates für Lasten, die ihm eventuell aus dem Eheschluss seiner Angehörigen erwachsen konnten — wurde auch durch die Stellung einer Kaution erreicht. Diese bedeutete eine Art Rentenkauf für den Fall der Unterstützungsbedürftigkeit. Dass sich solche Bestimmungen für Arme als Erschwerung, wenn nicht sogar als Verhinderung der Ehe auswirkten, liegt auf der Hand. Das Verständnis für diese Unbilligkeit fehlte nicht, und schon der Konkordatsentwurf von 1868[4]) beantragte, dass kein Vermögensausweis verlangt werden solle, wenn die Nupturienten erwerbsfähig seien. Damit war aber das ökonomische Problem nicht beseitigt, sondern nur eingeschränkt. Dem verfügbaren Vermögen wurde der mögliche Erwerb gleichgestellt. Die wesentliche Bedingung blieb bestehen: Die Eheleute mussten Gewähr für ihre Unabhängigkeit von staatlicher Unterstützung bieten. Von der gleichen Überlegung gehen auch Eheverbote wegen Arbeitsscheu aus; hier läge zwar die Erwerbsfähigkeit vor, nicht aber der Wille zu ihrer Ausnützung. Das Bundesgericht hat denn auch ein so begründetes Eheverbot als gegen die Norm des Art. 54, Abs. 2, im Bezug auf die ökonomischen Rücksichten verstossend abgelehnt[5]). Die Verfassungswidrigkeit kann in diesem Fall ebensogut aus der Bestimmung abgeleitet werden, dass früheres Verhalten keine Eheverhinderung rechtfertigt.

Wenn durch solche Bestimmungen sogar bloss möglichen Unterstützungsfällen vorgebeugt wurde, so lag ein Einspruchsrecht gegen die Verehelichung bereits Unterstützter noch näher. Ein

[4]) Siehe S. 18 f.
[5]) BGE I 95, und 46 II 305.

solches stand auch vielfach den belasteten Gemeinden zu; es wurde durch Art. 54, Abs. 2, ebenfalls abgeschafft[6]). Die vermehrte Belastung der öffentlichen Mittel, die sich daraus ergab, rief anderseits aber nach einer vermehrten Kontrolle über Bürger und Einwohner und einer gerechten Verteilung der Fürsorgekosten unter die Gemeinwesen. Diesem Zwecke dienten verschiedene Übereinkommen, neuestens das interkantonale Konkordat über die wohnörtliche Unterstützung[7]); durch diese Regelung ist auch der andern Seite des Problems, dem Interesse des Staates an der ökonomischen Seite des Eheschlusses, in einer Weise Rechnung getragen worden, die mit dem verfassungsmässigen Recht zur Ehe in Einklang steht.

Die in Art. 54, Abs. 6, besonders genannten Brauteinzugsgebühren gehören ebenfalls in die Kategorie der ökonomischen Ehehindernisse. Sie wirken heute als blosse historische Reminiszenz aus der Zeit viel stärkerer Abgeschlossenheit der Gemeinwesen. Diese Gebühren auf der Heirat eines Bürgers mit einer Nichtbürgerin ausserkantonaler oder ausländischer Abstammung werden verschieden interpretiert: als Gegenleistung für das durch den Eheschluss erworbene Bürgerrecht oder als Entgelt für die damit erworbene Unterstützungsberechtigung.

Damit erhebt sich die allgemeine Frage nach den Gebühren bei Eheschluss. Sie dürfen jedenfalls nicht so hoch sein, dass sie für bestimmte Klassen als Ehehindernis wirken. Das BG von 1874 erlaubte die Erhebung einer Gebühr für die Trauung oder sog. Heiratsbewilligungen nur, wenn der Eheschluss in einem andern Kreise als dem des Wohnsitzes des Bräutigams stattfand. Die Festsetzung war Sache der Kantone und variierte zwischen Fr. 2.— und 6.—. Freiburg, Glarus, Genf und Tessin machten von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch; die Trauung war dort schon vor der bundesrechtlichen Regelung wirtschaftlicher Belastung enthoben.

[6]) Ein Walliser Gesetz über die Abstellung der Bettelei gab den Ortsräten den Auftrag, armen oder arbeitsunfähigen Nupturienten im Interesse der Nachkommen von ihrem Vorhaben abzuraten. Eine solche Bestimmung verstösst nicht gegen die Verfassungsgarantie, da sie keine zwangsweise Verhinderung des Eheschlusses begründet. Siehe Schollenberger, die Schw. Freiheitsrechte, S. 32.

[7]) Amtliche Sammlung n. F. 53, S. 652.

Die Verordnung über den Zivilstandsdienst vom 18. Mai 1928[8]) erklärt in Art. 178, Ziff. 2, alle Amtshandlungen des Zivilstandsbeamten im Zusammenhang mit Verkündung und Trauung gebührenfrei[9]). So darf weder die Ausstellung des Ehescheines noch die eines Ehefähigkeitszeugnisses an besondere Kosten geknüpft werden. In einem Kreisschreiben vom 24. August 1920 trat der Bundesrat auch gegen die Praxis einzelner Kantone auf, die im Zusammenhang mit der Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen eine Gebühr erhoben, in der Weise, dass sie die Verkündung des ausländischen Eheschlusses eines Schweizers von einer Bewilligung abhängig machten, sofern der andere Verlobte Ausländer war. Es wurde dann nicht die Verkündung, sondern die Bewilligung an eine Gebühr geknüpft. Nun bedarf allerdings der in der Schweiz domizilierte Ausländer zum Eheschluss in der Schweiz einer Bewilligung der Regierung des Wohnsitzkantons. (Art. 7e des Gesetzes über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter.) Diese hat aber ausschliesslich den Zweck, der Behörde die Möglichkeit zu geben, festzustellen, dass die Heimatbehörden des Ausländers die Ehe mit allen ihren Folgen anerkennen werden (Abs. 2 des zit. Art.). Sie darf aber nicht auf die Verkündung des ausländischen Eheschlusses eines Schweizers mit einer Ausländerin übertragen werden, dessen Anerkennung das schweizerische Gesetz garantiert. Demnach ist auch eine derartige Gebühr ausgeschlossen[10]). Der gleiche Grundsatz gilt für die Anerkennung der bereits im Ausland geschlossenen Ehe und ihrer Wirkungen[11]). So ist die Gebührenfrage durch die bundesrechtliche Regelung und die einschlägigen Einzelbestimmungen im Sinne von Art. 54 BV geregelt.

Dass die Verfassungsbestimmung, die ökonomische Rücksichten als Gründe für Ehebeschränkungen ausschliesst, keinen Bezug hat auf die Regelung des Vermögensrechts, geht bereits aus dem aus-

[8]) Amtliche Sammlung n. F. 44, S. 241.
[9]) Für den ausländischen Eheschluss sind unter Umständen Beglaubigungen der Beamtenunterschrift notwendig, die mit tarifmässigen Kosten verbunden sind; diese können auch hier erhoben werden. Burckhardt, Bundesrecht 1453 VI, Bundesblatt 1922 II 580, ZVO 1928, Art. 161 (A. S. 44, S. 278).
[10]) Burckhardt, Bundesrecht 1417 II.
[11]) BGE II 397.

schliesslich öffentlich-rechtlichen Charakter des Individualrechts hervor. Es bedeutet keine Verpflichtung des Staates, die Bestimmung über das eheliche Güterrecht ausschliesslich der Vertragsfreiheit der Eheleute zu überlassen. Wenn auch vielfach vermögens- und erbrechtliche Überlegungen für die Eingehung einer Ehe mitbestimmend sein können, so wird das Recht zur Ehe als solches davon doch nicht berührt[12]). Dieses allein aber ist Gegenstand der Verfassungsgarantie.

b) **Polizeiliche Gründe.**

Fasst man, wie dies in der Praxis auch der Fall ist, den Ausdruck „polizeilich" in seiner weitesten Bedeutung, so umfasst er auch die Fälle, die Art. 54 BV mit den Worten „wegen früheren Verhaltens" umschreibt, denn es wird sich dabei immer um sicherheits-, gesundheits- oder sittenpolizeiliche Gründe handeln. All diese Interessen werden aber durch die polizeiliche Tätigkeit gewahrt[13]).

Das Verbot der Berücksichtigung früheren Verhaltens und polizeilicher Gesichtspunkte bei der Festsetzung der Ehevoraussetzungen verfolgte das Ziel, zu verhüten, dass eine Beschränkung dieses natürlichen Rechtes zu strafrechtlichen Zwecken oder als Druckmittel missbraucht werde. In dieser Beziehung entspricht es nicht nur dem allgemeinen Rechtsempfinden, sondern schliesst, besonders im letzteren Fall, die Anwendung eines unzweckmässigen Mittels zu einem der Ehe fernliegenden Zweck aus. Unzweckmässig deshalb, weil die Ehe unter Umständen doch geschlossen, aber von der Gesetzgebung nicht anerkannt würde. Bestimmungen, die geeignet sind, rechtswidrige oder unsittliche Verhältnisse herbeizuführen (Konkubinat, Heimatlosigkeit der Frau, Unehelichkeit der Kinder) liegen nicht im Interesse der Rechtsordnung.

[12]) BGE IX 19.

[13]) Polizei ist die Gesamtheit der Massnahmen, die notwendig sind, um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwenden, durch die die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedroht wird. Der Begriff Polizei bedeutet demnach Gefahrenabwehr (Gr. Herder IX, S. 911).

So darf die Verkündung oder Ausstellung eines Ehefähigkeitszeugnisses einem Schweizer im Auslande nicht verweigert werden, weil er seine Militärdienst- oder Steuerpflicht nicht erfüllt hat[14]). Selbst einen flüchtigen Verurteilten schützt diese Verfassungsbestimmung in seinem Anspruch auf ordnungsgemässe Verkündung seines Ehevorhabens; der Strafanspruch des Staates besteht zwar, aber er darf die Vollstreckung nicht im Wege der Eheverweigerung zu erzwingen suchen[15]).

Dadurch wird das Prinzip nicht verletzt, dass die Verpflichtung des Staates nur ein passives Verhalten involviert[16]). Sofern nämlich der Strafanspruch vollstreckbar ist, d. h. wenn der Verurteilte interniert ist, so kann er seine Verkündung erst nach beendetem Strafvollzug beanspruchen. Eine Ermöglichung der Heirat durch vorübergehende Entlassung aus der Strafanstalt bedeutet einen reinen Gnadenakt der Behörde. Das Bundesgericht zieht aus diesem Grundsatz eine weitere logische Folgerung: Wenn ein Verurteilter durch die Haft am Eheschluss verhindert ist, so kann er nicht gestützt auf Art. 54 BV Freilassung verlangen, auch wenn kein anderes Ehehindernis vorliegt. Ganz gleich ist nun die zum Zweck der Strafverfolgung oder Strafverbüssung stattfindende Verhaftung der Ausweisschriften eines flüchtigen Delinquenten zu behandeln. Diese erfolgt nicht zum speziellen Zweck, seine Ehelichung zu verhindern, sondern ergibt sich als Folge seiner noch nicht vollstreckten Verurteilung und dadurch bedingten Beschränkung der persönlichen Freiheit. Es ist ganz zufällig, dass er nun mangels Papieren nicht heiraten kann. Würde man diese Konsequenz nicht anerkennen, so hätte der Renitent ein unzulässiges Privilegium. Solange der Staat ein Recht hat, die Person zurückzuhalten, kann er auch die Schriften zurückhalten[17]). Diese Regel gilt demnach nicht für Straf- und Disziplinarmassregeln im allgemeinen, etwa für Geldbussen, sondern ausschliesslich für Freiheitsstrafen[18]), und

[14]) Burckhardt, Bundesrecht, 1401.
[15]) Burckhardt, Bundesrecht 1452 V.
[16]) Siehe S. 64 f.
[17]) BGE 31 I 93, ferner auch 30 I 34: im Zusammenhang mit dem R. der freien Niederlassung wird das gleiche Kriterium für die Rechtmässigkeit der Retention der Schriften aufgestellt. Vergl. Beck Kommentar S. 228.
[18]) Schollenberger Kommentar BV S. 350; Salis, Bundesrecht, 2. Aufl., Nr. 644

auch bei diesen nur solange sie hängig sind. Verjährung oder auch bloss bedingte Entlassung genügt, um dem Betreffenden die Ausübung des Rechts zur Ehe zu ermöglichen[19]).

Das Kriterium für die Verfassungsmässigkeit einer Beschränkung des Rechts zur Ehe durch Retention der Person oder der Ausweisschriften ist weniger ein rechtliches als ein logisches: Die Verhinderung des Eheschlusses darf nicht ihr Grund, wohl aber ihre zufällige Folge sein. Sie verliert deshalb auch ihre Statthaftigkeit, wenn der eigentliche Zweck der Massnahme erreicht ist. Wenn eine Internierung in einer Besserungs- oder Trinkerheilanstalt aufrecht erhalten wird, auch wenn sie den beabsichtigten Erfolg aller Wahrscheinlichkeit nach erreicht hat, oder wenn sich die Gründe bei tatbeständlicher Prüfung als vorgeschobene erweisen, so kann der Rechtsschutz auf Grund des Rechts zur Ehe nicht verweigert werden[20]).

Das Unterscheidungsmerkmal von Grund und Folge entscheidet auch bei der Beurteilung der in diesem Zusammenhang häufig auftretenden fremdenpolizeilichen Massnahmen. Die Frage ist praktisch bedeutend bei der Verehelichung von Schweizern mit Ausländerinnen, da diese damit das Bürgerrecht des Mannes erhalten. Die Behörde kann der Verkündung keine Ausweisung entgegenstellen, um dadurch den Eheschluss zu verhindern[21]). Hat dagegen die Ausweisung vor Stellung eines Verkündungsgesuchs stattgefunden, so kann dagegen nicht die Garantie von Art. 54 BV angerufen werden, denn dann ist die Ausweisung nicht Mittel, sondern verfolgt ihren eigenen, fremdenpolizeilichen Zweck, der mit dem Recht zur Ehe in keinem notwendigen und direkten Zusammenhang steht. Die Ehe als solche wird durch die Ausweisung nicht verhindert, denn es steht rechtlich nichts im Wege, dass der Eheschluss des Schweizers mit der Ausländerin trotzdem (eventuell im Auslande) rechtsgültig stattfinde[22]).

---

[19]) Salis, Bundesrecht 1476 I.
[20]) Burckhardt, Bundesrecht Nr. 1452 V.
[21]) Burckhardt, Bundesrecht Nr. 1452 XI.
[22]) Burckhardt, Bundesrecht Nr. 1985 IV.

Im allgemeinen trägt diese Verfassungsbestimmung besonders stark den Stempel der Zeit und der Geisteshaltung, die die BV geschaffen hat. Der betonte Individualismus des Gesetzgebers war besonders auf den Schutz der Persönlichkeit gerichtet und folgte überall der Tendenz, die Freiheitsbeschränkung auf ein Minimum zurückzudrängen; dem sozialen Interesse wurde nur ganz untergeordnete Bedeutung zuerkannt. Auch für das Recht zur Ehe waren bei dieser speziellen Bestimmung (Ausschluss polizeilicher Rücksichten und früheren Verhaltens) in erster Linie humanitäre und liberale Überlegungen ausschlaggebend. Man wollte dieses natürlichste der Menschenrechte auch dem moralisch Minderwertigen, dem mit erblichen Krankheiten belasteten, dem für die Gemeinschaft in irgend einer Weise gefährlichen rein um seines Mensch-seins willen verbürgen, und verhindern, dass der Staat seine Verehelichung unmöglich mache, um einer Belastung durch derartig veranlagte Nachkommen vorzubeugen. Dagegen betonte man die Möglichkeit, dass gerade die Ehe einen veredelnden oder heilenden Einfluss auf die physischen oder moralischen Defekte ausüben könnte[23]). Eine solche Wirkung des ehelichen Lebens hängt vor allem von der Persönlichkeit des andern Ehepartners ab; sie ist zwar durchaus denkbar, aber den Beweis für ihr Eintreten kann erst die tatsächliche Entwicklung geben; vor der Ehe ist er unmöglich und kann also auch nicht verlangt werden[24]). Es ist daher auch sehr gewagt, darauf eine Art gesetzlicher Vermutung zu begründen, und als genügende Rechtfertigung für eine allgemeine Norm zu betrachten. Das umfassende Verbot aller polizeilichen Erwägungen bei der Festsetzung von Ehehindernissen erscheint in diesem Sinne heute als nicht besonders glückliche Lösung des Problems von Freiheit und Bindung im Eherecht, weil sie zu zweifelhaften Konsequenzen führt. Der Grund für ihre Unzweckmässigkeit liegt darin, dass sie als ausschliesslichen Massstab für die Regelung den möglichst ungebundenen Einzelmenschen sah, und dabei das Gemeinwohl ausser acht liess. Nicht dass etwa die Bedeutung der Ehe für die Gesellschaft übersehen oder ver-

[23]) Vergl. Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des Schweiz. ZGB, 1901. 1. Heft, S. 101.
[24]) BGE 46 II 207.

neint würde, aber ihre Konsequenz findet keinen genügenden Ausdruck: während das persönliche Interesse umfassend gewährleistet ist, wird dem Schutzbedürfnis des öffentlichen Interesses geringe Aufmerksamkeit geschenkt. Nur eine Normierung aber, die von der Wechselbeziehung zwischen Individuum und Gemeinschaft ausgeht, kann in jeder Hinsicht befriedigen. So kommen wir auch hier auf das eingangs aufgestellte Kriterium, die möglichst vollkommene Erfüllung der individuellen und sozialen Zwecke der Ehe. Dann ist aber nicht die Freiheit des Einzelnen oberste Norm, sondern das Wesen der Ehe.

c) **Kirchliche Ehehindernisse.**

Die ökonomischen und polizeilichen Ehehindernisse der kantonalen Rechte wurden durch Art. 54 BV schlechthin aus der Welt geschafft. Die höhere Autorität der Staatsverfassung vernichtete die Satzungen der ihr untergeordneten kantonalen Gesetzgebungen. Die Behandlung der kirchlichen Ehehindernisse aber begegnet einem weitern Problem. Auch sie haben der derogativen Kraft des Grundgesetzes zu weichen, sofern sie positives kantonales Recht sind, d. h. wenn die kantonale Gesetzgebung auf konfessionellen Unterschieden auch Verschiedenheiten in rechtlicher Beziehung begründet oder Normen wesentlich kirchlichen Eherechts zu ihren eigenen macht. Das kirchliche Recht als solches aber wird durch die Staatsverfassung nicht berührt, weil es von der Kirche als unabhängige Autorität ausserhalb des Staates gesetzt ist. Um daher die Tragweite des Ausdrucks „kirchliche Rücksichten" in Art. 54 BV in dieser Beziehung zu erkennen, müssen wir die Grundsätze der kirchlichen Matrimonialgesetzgebung kurz skizzieren.

Die Kodifikation des Eherechts im Codex iuris Canonici enthält nicht nur Bestimmungen beschränkenden Charakters, wie z. B. das Verbot gemischter Ehen oder Ehehindernisse rein religiöser Natur, sondern sie hat vor aller staatlichen Gesetzgebung in dieser Materie ein umfassendes Eherecht geschaffen, das alle jene mehr oder weniger beeinflusst hat. Ihre Kompetenz begründet

die Kirche mit dem Wesen der Ehe. Wir haben diese bisher im Zusammenhang mit der staatlichen Gesetzgebung nur vom natürlichen Gesichtspunkt aus betracht; das Kirchenrecht trägt noch einem weiteren Merkmal der Ehe Rechnung.

Durch die Taufe erhält der Mensch Teil an der Übernatur. Da die Ehe das ganze Wesen des Menschen erfasst, ragt sie beim Getauften, beim Christen, auch in den übernatürlichen Bereich. Sie ist daher nach der Lehre der Kirche nicht nur eine in der menschlichen Natur begründete und durch sittliche und rechtliche Gesetze bestimmte, sondern auch mit besondern Gnaden ausgestattete Verbindung, d. h. in der Sprache der katholischen Kirche: ein Sakrament.

Die Spendung des Sakramentes geschieht durch die Brautleute selbst, nämlich durch die übereinstimmende Willensäusserung, die Ehe miteinander eingehen zu wollen. Es ist keine andere sakramentale Handlung ausser dem Vertragsschluss verlangt. Der Vertrag selbst hat die Natur des Sakramentes[25]). Die Vollmacht zur Normierung eines Sakramentes kann nur der geistlichen Autorität zustehen. Da aber Vertrag und Sakrament eine untrennbare Einheit bilden, ist auch eine Ausscheidung der Kompetenzen unmöglich, etwa in der Weise, dass der Staat den Vertrag regelt, die Kirche das Sakrament verwaltet[26]). Die Kirche beansprucht daher für sich die ausschliessliche Kompetenz zur Ehegesetzgebung und anerkennt die staatliche nur soweit es sich um Nichtchristen handelt, deren Verbindung keinen sakramentalen Charakter trägt. In der allgemein verbindlichen bürgerlichen Regelung der Ehe aber sieht sie eine Kompetenzüberschreitung des Staates und betrachtet eine nur vor dem zivilen Beamten geschlossene Ehe als Konkubinat. Umgekehrt anerkennt der Staat nur diejenige Verbin-

---

[25]) Pius IX., Syllabus, thes. 66: Matrimonii sacramentum non est nisiquid contractui accessorium ab eoque separabili ipsumque sacramentum in una tantum nuptiali benedictione situm est. Vergl. Fleiner, Rechtl. Stellung der katholischen Kirche zur obligatorischen Zivilehe, S. 18. — Konsequenterweise betrachtet die Kirche nicht nur die Ehen von Katholiken, sondern aller Getauften als Sakrament, sofern sie mit dem Willen zur richtigen Eingehung der Ehe geschlossen werden.

[26]) Fleiner, Rechtl. Stellung der katholischen Kirche zur obligatorischen Zivilehe, S. 18.

bindung als Ehe, die in der vom Zivilrecht vorgesehenen Form zustande gekommen ist, und nur ihr gesteht er die entsprechenden Folgen zu. Die Kirche würde daher mit einer strikten Wahrung ihres Standpunktes ihre Angehörigen nicht nur schweren Nachteilen aussetzen, sondern sie in ihrem bürgerlichen Leben in eine unmögliche Stellung bringen. Dieser Notwendigkeit gegenüber macht sie die Konzession, dass sie die Zivilehe zur Begründung der bürgerlichen Wirkungen der Ehe vor der kirchlichen Trauung zulässt bzw. verlangt. Nach Lehmkuhl[27]) leitet sich diese Pflicht der Zivilheirat nicht her aus dem der Obrigkeit im Gewissen schuldigen Gehorsam, weil eine Kompetenzüberschreitung keine Gewissenspflicht begründen kann, sondern aus der Pflicht, für sich und seine Nachkommen die üblen Folgen zu vermeiden, die mit der Nichtbefolgung staatlicher Gesetze verbunden wären.

Das kanonische Recht macht die notwendige Voraussetzung der Zugehörigkeit zur Glaubensgemeinschaft; es regelt aber nicht bloss die religiöse Seite der Ehe, sondern auch die übrigen Voraussetzungen und Wirkungen, sofern sie nicht ausgesprochen vermögensrechtlicher oder staatsrechtlicher Natur (Nationalität der Ehefrau usw.) sind.

Besonders ausgebaut ist das System der Ehehindernisse, die die Kanonisten teils als Satzungen göttlichen, teils als solche menschlichen Rechts kennzeichnen. Erstere beruhen auf naturrechtlichen Überlegungen, letztere sind rein positiven Charakters[28]).

Zu ersteren zählen[29]) nicht nur die mangelnde körperliche Reife und geschlechtliche Unfähigkeit, sondern entsprechend der Naturgemässheit der Monogramie auch eine schon bestehende Ehe. Geisteskrankheit ist nicht als Ehehindernis behandelt, sondern hebt die Ehefähigkeit auf (can. 1082).

Die von der kirchlichen Autorität gesetzten positiven Bestimmungen verfolgen mannigfaltige Zwecke: Die Ehehindernisse der Blutsverwandtschaft und der Schwägerschaft wollen in physischer

[27]) Lehmkuhl in Wetzer und Weltes Kath. Kirchenlexikon, Bd. III, S. 396, zit. bei Fleiner a. a. O., S. 41.
[28]) Corpus iuris canonici, can. 1058—1080.
[29]) Linneborn, das Eherecht nach den C I C S. 231 ff.

Beziehung durch eine stete Auffrischung des Blutes einer Entartung entgegenwirken, die soziale Gemeinschaft durch den Eintritt immer neuer Glieder erweitern, und zugleich dem in der Verwandtschaft naturgemäss häufigen und engen Verkehr seine Reinheit und Unbefangenheit erhalten[30]); die beiden letzteren Überlegungen liegen auch dem Ehehindernis der geistlichen Verwandtschaft (zwischen Paten und Patenkind) zugrunde, während das Kirchenrecht im Bezug auf die gesetzliche Verwandtschaft (Adoption) auf die staatliche Gesetzgebung verweist, da diese den spezifischen nationalen Verhältnissen und Anschauungen eher Rechnung tragen kann. — Der Empfang höherer Weihen (can. 1072) und die Ablegung feierlicher (can. 1073) oder einfacher Gelübde (can. 1058) errichten ein Ehehindernis, weil sie wesentlich mit dem Zölibat verbunden sind. — Die Eheverbote bei Religionsverschiedenheit in der doppelten Erscheinungsform des impedimentum disparitatis cultus (can. 1070 f) und des impedimentum mixtae religionis (can. 1060 ff) beruhen auf der Erfahrung, dass die Divergenz der Ehegatten in Glaubenssachen häufig die häusliche Harmonie und die Erziehung der Kinder stört, und die Kirche will dadurch religiöse Gefahren für ihre Angehörigen und deren Nachkommen von vornherein beseitigen. — Strafrechtlichen Charakter haben die Ehehindernisse bei Ehebruch (can. 1075) und gewaltsamer Entführung einer Frau (can. 1074); durch letzteres soll gleichzeitig die Freiheit des Konsenses und die Sittlichkeit des Eheschlusses sichergestellt werden.

Von den rein positivrechtlichen Ehehindernissen ist unter gewissen Bedingungen die Dispens möglich; das kanonische Recht hat dafür ein ganz bestimmtes Verfahren und eine Zuständigkeitsordnung kirchlicher Behörden geschaffen. Diese Normierung des Eherechts ist durch die Verfassungsbestimmung von Art. 54 BV weder in ihrem Bestande noch in ihrer Entwicklungsmöglichkeit beeinträchtigt worden. Sie behält ihre bindende Kraft; was ihr entzogen wurde, ist das Mittel der staatlichen Gewalt zur praktischen Verwirklichung der Rechtssätze. Damit ist aber der Anspruch der Kirche auf deren Durchsetzung nicht untergegangen,

[30]) Linneborn, das Eherecht des CICS. 273.

und sie kann ihn durch kirchliche Strafen (Exkommunikation) wahren. Gegen solche Massregeln kann der Betroffene ebenso wenig die Verfassungsgarantie anrufen, wie in den bereits behandelten Fällen von Einwirkung privatrechtlicher Bindungen auf den Eheschluss[31]). Damit ist die Verpflichtung durch das kirchliche Eherecht aber zu einer blossen Gewissensbindung der Gläubigen geworden[32]). Der Staat betrachtet es als blosses gewillkürtes Recht der Vertragsparteien, das keine bürgerlichen Wirkungen hat. Die Bestimmung des Art. 54 BV, die eine Beschränkung des Rechtes zur Ehe aus kirchlichen Rücksichten verbietet, hat also in keiner Weise Bezug auf das Kirchenrecht an sich.

Für die Kantone, deren Matrimonialgesetzgebung zur Zeit des Inkrafttretens der BV noch das kanonische Recht zugrunde lag, fiel nicht das ganze Eherecht dahin, sondern bloss die religiös bedingten Satzungen verloren ihre Verbindlichkeit. Im Bezug auf die gemischten Ehen waren sie bereits durch Konkordate vom 7. Juli 1819 und 14. August 1921 beseitigt worden. Auf kirchlichen Rücksichten beruhten aber auch die Ehehindernisse geistlicher Verwandtschaft und der mit höhern Weihen und Gelübden verbundene Cölibat. Durch die Schaffung eines eigenen bürgerlichen Eherechts durch die Bundesgesetzgebung, die die Materie abschliessend regelt, sind die Probleme, die eine halb im kirchlichen, halb im staatlichen Bereich verwurzelte Ordnung der Rechtspflege stellte, endgültig aus der Welt geschafft worden.

Anders löst sich das Problem der kirchlichen Ehehindernisse nach protestantischer Auffassung. Diese entspricht allgemein der Definition Luthers, der seine Stellung zur Rechtsnatur der Ehe im Traubüchlein[33]) klar umschrieben hat. In der Vorrede zu dieser Schrift weist er die Kompetenz zur Normierung der Ehe umfassend der weltlichen Obrigkeit zu: „So manches Land, so manche Sitte,

[31]) S. 56 f.

[32]) Der Art. 15 des Obw. Gesetzes über die Ehescheidung vom 30. April 1876 in Ausführung des BG über Zivilstand und Ehe von 1874 betonte, dass diese Regelung nur die bürgerliche Seite der Ehe betreffe und die vom religiösen Gesichtspunkt bestehenden Rechte und Pflichten nicht ändere. Der Bundesrat verweigerte diesem Artikel die Genehmigung.

[33]) Luther, Traubüchlein, bei J. T. Müller, die symbolischen Bücher der evangelisch-lutherischen Kirche, S. 763 ff.

sagt das gemeine Sprichwort. Demnach weil die Hochzeit und Ehestand ein weltliches Geschäft ist, gebührt uns Geistlichen oder Kirchendienern nichts darin zu ordnen und zu regieren, sondern lassen einer jeglichen Stadt und Land hierin ihren Brauch und Gewohnheit wie sie gehen ... Solches alles lass ich Herren und Rath schaffen und machen, wie sie wollen; es geht mich nichts an." Die Trauung als religiös-kirchlicher Akt war aber im Volksbewusstsein so stark verankert, dass sich Luther trotz dieser grundsätzlichen Stellungnahme veranlasst sah, eine Anleitung über die Formalien der kirchlichen Traufeierlichkeit zu geben; diese bildet den eigentlichen Inhalt des Traubüchleins. Lesung und Gebet sollen den Brautleuten den Ernst des Aktes vor Augen halten. Die kirchliche Trauung ist aber fakultativ und hat keine rechtlich konstitutive Bedeutung. Diese Konzeption entspricht dem lutherischen Kirchenbegriff, der rein geistig gefasst ist: „Die geistige, wahre Christenheit Luthers ist keine äussere Gemeinschaft. Die Kirche des lutherischen Glaubensbekenntnisses ist darum keine Rechtsquelle[34])."

Die weltliche Gesetzgebung kann allerdings ihrerseits die rechtsbegründende Wirkung an den kirchlichen Akt knüpfen, und Luther hat diese Möglichkeit auch vorausgesehen[35]). Allein die Praxis ging noch weiter. Die Ehegerichtsbarkeit blieb kirchlichen Instanzen (sog. Konsistorien) zugewiesen und nach dem Muster der kanonischen entwickelte sich schon bald eine evangelische Matrimonialgesetzgebung, die nicht nur Formalien, sondern auch materielle Voraussetzungen regelte. Soweit es sich um natürliche Gegebenheiten handelt, decken sich die Grundsätze derselben mit denen des Codex iuris canonici. Was die kirchlichen Rücksichten im eigentlichen Sinne anbetrifft, so wurden aus dogmatischen Überlegungen die Ehehindernisse der geistigen Verwandtschaft, höherer Weihen und feierlicher Gelübde abgelehnt; Glaubens- und Religionsverschiedenheit blieben Gründe für ein kirchliches Eheverbot, ebenso Ehebruch. Diese Regelung des Institutes der Ehe

[34]) Sohm, Kirchenrecht II, S. 140.
[35]) Vergl. Luther, Vorrede zum Traubüchlein, ferner Confessio Augustana, Art. XXVIII de potestate ecclesiastica (bei J. T. Müller, S. 29): Si quam habent aliam vel potestatem vel iurisdictionem in cognoscendis certis causis videlicet matrimonii aut decimarum, hanc habent humano jure.

wurde von den Landrechten der evangelischen Staaten sanktioniert und als rechtlich verbindlich anerkannt.

Wenn wir bei den schweizerischen Reformatoren auch nirgends eine entsprechend klare Formulierung über die Ehe als „weltlich Ding" finden, so ist ihre Stellungnahme in dieser Frage doch ebenso eindeutig und auch in der Literatur kaum umstritten worden. Sie lehnen den sakramentalen Charakter der ehelichen Verbindung ab, d. h. die Trauung ist nicht ein Akt der Gnadenvermittlung — als solcher wäre sie an die Spendung durch die Kirche gebunden —, sondern die Ehe ist ein Vorgang des natürlichen Lebens. Die Ablehnung des übernatürlichen Charakters der Ehe ist aber nicht gleichbedeutend mit einer Leugnung der sittlich-religiösen Merkmale dieser menschlichen Verbindung. Als Mittel göttlicher Schöpfungsabsicht ist sie Bestandteil der zwar jedem Menschen seinsmässig eingepflanzten, aber nur im Glauben erfassbaren Schöpfungsordnung[36]). Aufgabe der Kirche ist die Vermittlung übernatürlichen Gnadenlebens, die Verwirklichung der Erlösungsordnung; der Eheschluss als Vorgang des natürlichen Lebens aber unterliegt der Regelung durch die Instanz, die für die irdische Wohlfahrt der menschlichen Gemeinschaft zu sorgen hat, also der Normierung durch die weltliche Gewalt des Staates.

Diese Kompetenzausscheidung lässt an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig, allein die Zeit war für eine praktische Durchführung dieser Grundsätze noch nicht reif. Die Reformation hat erst den Boden vorbereitet, auf dem sich eine rein staatliche Ehegesetzgebung entwickeln konnte.

Die schweizerischen Reformatoren fassten — im Gegensatz zu Luther — die Kirche als sichtbare Gemeinschaft auf, äusserlich verbunden durch die Organisation der (politischen) Gemeinde. Die weltliche Obrigkeit gibt kraft ihres allgemeinen Priestertums auch der kirchlichen Kommunität ihre rechtliche Normierung[37]). Ausgangspunkt dafür ist die Voraussetzung der Einheit von Kirchenvolk und Staatsvolk. So enthielten auch die „Ehemandate" in den

[36]) Vergl. Brunner E., Das Gebot und die Ordnungen, S. 329.
[37]) Schüle Ch., Allgemeine Grundsätze des reformierten Kirchenrechts, S. 151 und 155.

reformierten Orten der Schweiz zahlreiche kirchlich-konfessionell begründete Ehevoraussetzungen; die Ehegerichtsbarkeit bildete einen Teil der allgemeinen „Kirchenzucht", die besondern Organen anvertraut war, und der kirchliche Trauungsakt wirkte auch im bürgerlichen Sinne rechtsbegründend und bindend.

Trotzdem so die Kirche in Ehesachen die massgebende Rolle spielte, sprachen ihr die reformierten Bekenntnisse nie eigentliche Herrschaft über die Matrimonialgesetzgebung zu. Der Kompetenzstreit, der sich aus der Ausschliesslichkeit, mit der die katholische Kirche die Regelung der ehelichen Verhältnisse beansprucht, und der sich besonders in der Auseinandersetzung um die Einführung der Zivilehe äusserte, tritt daher auf reformierter Seite gar nicht in Erscheinung. Die Anerkennung der rechtsbegründenden Kraft der bügerlichen Trauung entspricht durchaus den oben skizzierten Grundsätzen der reformierten Theologie, und die umfassende staatliche Regelung der Ehegesetzgebung wurde von den reformierten Bekenntnissen nicht nur nicht bekämpft, sondern begrüsst. Der kirchliche Akt blieb zwar beibehalten, hat aber ausschliesslich den Charakter einer gottesdienstlichen Handlung und deklaratorische Wirkung[38]).

Die zu Beginn dieses Abschnittes gemachte Unterscheidung zwischen dem Kirchenrecht als solchem und den kantonalen Gesetzesnormen kirchlichen Inhalts äussert sich also in vollem Umfang nur im Bezug auf das Eherecht der katholischen Kirche.

II. Die zivilrechtlichen Ehehindernisse

Der Verfasser des ZGB stand bereits unter der gesetzgeberischen Norm des Art. 54 BV, d. h. er hatte die Voraussetzungen zur Ehe so zu formulieren, dass sie nicht gegen die verfassungsmässigen Schranken verstossen. Wie er diese Aufgabe im Bezug auf die Ehefähigkeit löste, haben wir bereits gesehen. Die Ehehindernisse sind im ZGB, Art. 100—104, abschliessend aufgezählt. Ihre Zahl ist bedeutend kleiner als im kanonischen Recht und in

[38]) Vergl. Hauck A., Realenzyclopädie, S. 217.

früheren Gesetzgebungen. Dies rührt nicht nur vom Ausscheiden der kirchlichen, polizeilichen und ökonomischen Ehebeschränkungen her, sondern auch diejenigen, die ins ZGB aufgenommen wurden, sind auf einen möglichst kleinen Kreis begrenzt.

An der Spitze der zivilrechtlichen Ehehindernisse steht die Blutsverwandtschaft. Die Gründe, die diesem Eheverbot zugrunde liegen, hat das bürgerliche Recht mit dem kirchlichen gemeinsam[39]) und aus ihnen ergibt sich selbstverständlich, dass nicht nur die eheliche Verwandtschaft, sondern ganz allgemein die natürliche Blutsgemeinschaft dieses Ehehindernis begründet[40]). Verschieden gegenüber dem kanonischen Recht ist der Umfang des Personenkreises, der von diesem Verbot betroffen wird[41]). Das schweizerische Recht hat ihn sehr eng gezogen. Dabei waren verschiedene Umstände bestimmend: Der enge Zusammenhalt der weitern Familiengemeinschaft war bereits verloren gegangen und eine Lockerung entsprach auch den individualistischen Tendenzen des modernen Familienrechts. Zudem wurde dadurch die Notwendigkeit einer grossen Dispensationspraxis beseitigt[42]), die unvermeidlich erschien, wenn die Ehebeschränkung wegen Blutsverwandtschaft eine weitgehende war[43]). Das Gesetz hat daher die Verwandtschaftsgrade, die trennend wirken, auf ein Minimum reduziert[44]), dementsprechend aber die Dispensationsmöglichkeit ausgeschlossen. Ähnliche Überlegungen wie beim Ehehindernis der Blutsverwandtschaft rechtfertigen die der Schwägerschaft und des bestehenden Adoptivverhältnisses und auch sie sind in unserem Zusammenhang nicht umstritten. Die Bestimmung

[39]) Egger, Kommentar zum ZGB, Familienrecht, S. 35.

[40]) Die Heirat eines Mannes mit der ausserehelichen Tochter seiner verstorbenen Frau ist unzulässig: das Verhältnis ist ein analoges wie bei Stiefvater und Stiefkind. Vergl. Egger, Kommentar Familienrecht, S. 35.

[41]) Das kanonische Recht verbietet die Ehe unter Verwandten bis und mit dem 3. Grad. Canon 1076. Vergl. Linneborn, Eherecht, S. 265 ff., Jone, Gesetzbuch des kanonischen Rechtes II, S. 275 ff.

[42]) Die Dispensation ist Sache der Kantonsregierung. Burckhardt, Bundesrecht 1396 I, Salis 1536, Bundesblatt 1908 I 507, 1909 I 773.

[43]) Da die Dispensation immer mit Kosten verbunden ist, sah man in dieser Regelung auch eine Beseitigung ökonomischer Lasten beim Eheschluss, insbesondere aber eine Wahrung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit: Bundesblatt 1874 II, S. 13.

[44]) Art. 100 ZGB in Verbindung mit Art. 20.

des Art. 101 ZGB (Nachweis des Nichtmehrbestehens einer früheren Ehe für den neuen Eheschluss) ergibt sich so notwendig aus dem in unserem Kulturkreis grundsätzlich feststehenden sittlichen Postulat der Monogamie, dass ein Nachweis der Vereinbarkeit mit der Verfassungsgarantie müssig ist. Die Verschollenheit ist Tod und Scheidung nicht gleichgestellt; die entsprechende Erklärung löst die Ehe nicht selbst auf, sondern gibt dem zurückgebliebenen Ehegatten bloss das Recht, eine gerichtliche Auflösung der Ehe zu verlangen. Dem Recht zur Ehe tut dieses keinen Eintrag. Die Bestimmung zielt auch nicht in erster Linie auf eine Massnahme zur Verhinderung von Doppelehen ab, — diese ist bereits durch die Verschollenheitserklärung so weit als möglich sichergestellt, — sie hat vielmehr den Zweck, die Auflösung der Ehe dem zurückgebliebenen Ehegatten allein anheimzustellen, während jeder Interessierte die Feststellung der Verschollenheit verlangen kann. So wird verhindert, dass die Ehe gegen den Willen des Ehegatten gelöst werde. Es handelt sich also nicht um eine Erschwerung des neuen Eheschlusses, sondern um eine Schutzmassnahme zugunsten der Ehe und des Ehegatten. Es ist daher nicht richtig, das Erfordernis einer gerichtlichen Auflösung der Ehe bei Verschollenheit mit den Ehehindernissen in Zusammenhang zu setzen, was auf Grund der systematischen Stellung des Art. 102 ZGB zu vermuten wäre.

Als besondern Typus von aufschiebenden Ehehindernissen kennt das Gesetz die Wartefristen. Sie haben eine zweifache Bedeutung:

a) Im Falle von Art. 103 betrifft sie nur Frauen[45]) nach Auflösung einer früheren Ehe. Die Länge der Frist (300 Tage) und die Dispens ergeben sich aus dem Zweck dieser Bestimmung: Sie dient zur eindeutigen Bestimmung der Vaterschaft bei einer nachehelichen Geburt; es soll eine perturbatio sanguinis verhütet werden[46]). Die Regel steht mit dem sittlichen Grundsatz der Wahrung der Naturgesetze in Einklang und kann nicht als willkürliche

[45]) Als Pietätspflicht ist sie bei Männern und Frauen begründet, hat aber keine keine rechtliche Bedeutung.
[46]) Egger, Kommentar Familienrecht, S. 39.

positivrechtliche Freiheitsbeschränkung betrachtet werden. Dass der Gesetzgeber sich streng an dieses Prinzip hielt, zeigt sich in der Normierung der Dispensmöglichkeit; sobald der Grund (eine eventuelle Geburt) wegfällt, kann auch die Folge (Wartefrist) aufgehoben werden.

b) Die Wartefrist, die Art. 104 statuiert, hat dagegen ausgesprochenen Strafcharakter. Art. 150, der die Bestimmung näher ausführt, betont, dass die Schuld des Ehegatten an der Scheidung der Grund für die Wartefrist sei, und ist dieser Grund ein qualifizierter, nämlich Ehebruch, so muss der Richter die Frist verlängern. Eine solche Abwägung der Schwere des Verschuldens für die Festsetzung der Rechtsfolgen ist typisch für das Strafrecht und ihre Aufnahme in das Privatrecht wurde daher vielfach angefochten. Man führte gegen sie den Ausspruch Luthers an: „Laster und Sünde soll man strafen, aber mit anderer Strafe, nicht mit Eheverbieten." Das französische und das deutsche Recht haben die Strafwartefristen beseitigt. Dass aber eine solche Behandlung dem schweizerischen Rechtsgefühl entspricht, zeigte sich schon in den Verhandlungen über den Entwurf des Gesetzes. Zwar wurde die Festsetzung eines Ehehindernisses wegen Ehebruch nach dem Muster des kanonischen Rechts abgelehnt[47]); nicht der Ehebruch oder die Scheidung selbst begründen das Ehehindernis, sondern die als Nebenfolge der Scheidung gesprochene Wartefrist wirkt aufschiebend auf eine neue Ehe. Die Fristen wurden nicht allgemein gesetzlich bestimmt[48]), dem Richter aber überbindet das Gesetz die Pflicht, dem schuldigen Eheteil die Wartefrist aufzuerlegen. Ein Antrag von Mentha[49]) ging dahin, dass eine Scheidung für Schuldige und Unschuldige eine Wartefrist von 3 Jahren nach sich ziehen solle. So gefasst, hätte die Wartefrist ihren Strafcharakter verloren und erschiene als gesetzliche Folge der Scheidung. Auch dadurch würde der Erfolg erzielt, dass die Scheidung nicht schon im Hinblick auf eine geplante neue Ehe angestrebt

[47]) Sten. Bull. 15, S. 499 ff. Dagegen enthält das BGB § 1312 Ehebruch als Ehehindernis.
[48]) Vorschlag von Burckhardt, Lampert, Abt.
[49]) Mém. 1888, S. 9.

werde. Die gleiche Behandlung von schuldigen und unschuldigen Ehegatten wurde aber abgelehnt. Egger[50]) sieht in der Wartefrist „eine berechtigte Erschwerung der Eheschliessung für Personen, die bewiesen haben, dass sie für die Ehe noch nicht reif sind." Es stellt sich aber bei solchen Begründungen die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem verfassungsmässigen Verbot polizeilicher Ehehindernisse. Diese kann keineswegs bloss mit der Zweckmässigkeit der Bestimmung beantwortet werden. Denn das Verbot wollte — wir haben dies zwar als seine fragwürdige Seite gekennzeichnet — die Freiheit des Einzelnen selbst auf Kosten der Zweckmässigkeit garantieren. Wir müssen also vom Zweck des Ehehindernisses selbst ausgehen. Dieser ist gegeben mit dem Strafcharakter[51]). Jede Strafbestimmung hat eine zweifache Bedeutung: einerseits droht sie ein Vergeltungsübel an, anderseits wirkt sie als Abschreckungsmittel (kriminalpolitische Seite). Wenden wir diese Gesichtspunkte auf den Fall der Wartefrist für den schuldigen Ehegatten an, so liegt erstens ihre Veranlassung in seiner Schuld an der Auflösung der Ehe, zweitens schützt sie eine noch bestehende Ehe in ihrem Bestand. Von beiden Standpunkten aus gesehen liegt also der Grund der Ehebeschränkung in der Scheidung; die aufschiebende Wirkung auf den Abschluss der neuen Ehe ist bloss eine Folge und bedeutet als solche kein verfassungswidriges Ehehindernis.

[50]) Kommentar zur Familienrecht, Art. 150, S. 112.
[51]) Die Straffunktion ist in Theorie und Praxis anerkannt, ob sie zurecht im Zivilrecht aufgenommen ist, steht hier nicht zur Diskussion.

V. KAPITEL

Weitere Bestimmungen des Art. 54 BV

Die Abs. 3—5 des Eheartikels betreffen inhaltlich nicht den Eheschluss selbst. Sie beziehen sich auf Sonderfälle und Wirkungen von Sonderfällen und es besteht zwischen den einzelnen Sätzen unter sich weder ein logischer noch ein tatsächlicher Zusammenhang; gemeinsam ist ihnen bloss die rein äusserliche Voraussetzung für ihr Aktuell-werden: es muss ein Eheschluss stattgefunden haben.

Entwicklungsgeschichtlich zeigt sich als weitere Gemeinsamkeit dieser drei Normen, dass sie alle bereits in dem Konkordatsentwurf von 1868[1]) aufgestellt waren, was darauf hinweist, dass eine einheitliche Lösung gerade in diesen Fragen dringend war. Dieser zivilrechtliche Gesichtspunkt ist aber seit 1912 weggefallen. Uns interessieren hier diese Bestimmungen nur in ihrer Beziehung zum verfassungsmässigen Recht zur Ehe.

I. Die Anerkennung des ausländischen Eheschlusses.

Art. 54, Abs. 3 BV, ergänzt die Gewährleistung des freien Eheschlusses nach der internationalprivatrechtlichen Seite hin[2]).

[1]) S. 18 f.

[2]) Die Anerkennung des ausserkantonalen Eheschlusses ist durch die Vereinheitlichung des formellen und materiellen Eherechts selbstverständlich und ihre Erwähnung deshalb überflüssig geworden.

Die Garantie des Rechtes zur Ehe ist eine allgemeine, weder in persönlicher noch in örtlicher Beziehung begrenzte. Die Ausübung des Rechtes aber geschieht durch das Setzen eines Rechtsaktes, der in materieller und formeller Richtung durch die Gesetzgebungen verschiedener Staaten verschieden normiert wird.

Ohne die Anerkennung der Ehe würde das Recht dazu in einer ganzen Reihe von Fällen, nämlich für alle ausserhalb des schweizerischen Rechtskreises geschlossenen Ehen illusorisch; es macht praktisch keinen Unterschied, ob ein Rechtsakt verboten, oder der damit beabsichtigte Rechtserfolg versagt wird, ob der Eheschluss verhindert, oder ob ihn seine spezifische Wirkung, die rechtliche Existenz der Ehe, verweigert wird. Das Interesse jedes Staates am Eheschluss seiner Angehörigen verlangt aber, dass er nur diejenige Verbindung als Ehe anerkenne, die sich an seine gesetzlichen Bedingungen hält. Der Klarstellung dieser Erfordernisse dienen die eherechtlichen Bestimmungen des internationalen Privatrechtes. Dieses bestimmt, die Rechtsnormen welches Staates auf ein Rechtsverhältnis, das verschiedene nationale Elemente umtasst, angewendet werden müssen, damit seinem Zustandekommen und seinem Bestand Gültigkeit beigemessen wird. Die Anwendbarkeit des Gesetzes muss sich durch eine ganz bestimmte Beziehung zu den betreffenden Personen, dem Rechtsakt oder dem in Frage stehenden Rechtsgut rechtfertigen. Diese Beziehung, der „Anknüpfungspunkt"[3]), ist regelmässig ein örtlicher. Für das Eherecht kommen in Betracht: Wohnsitz, Heimat und locus actus. Solange alle diese Anknüpfungspunkte für beide Brautleute innerhalb des gleichen Staates liegen, ist die Anwendung des internen Rechts unzweifelhaft. Sobald sie aber auf das Geltungsgebiet verschiedener nationaler Rechte verweisen, erhebt sich die internationalprivatrechtliche Frage: Welche Beziehung ist massgebend und inwiefern ist sie massgebend? Sie wird beantwortet durch das positive Recht.

Die Schweiz hat zwei Quellen für das internationale Eheschliessungsrecht: Das BG über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenenen und Aufenthalter (NAG) vom 25. Juni

[3]) Vergl. Marti H., Der Vorbehalt des eigenen Rechts, S. 49.

1891, insbesondere die Art. 7c bis f[4]) und die Haager Eheschliessungskonvention vom 12. Juni 1902. Diese schafft echtes internationale Privatrecht, an das alle Konventionsstaaten in gleicher Weise gebunden sind, jenes stellt nationale Kollisionsnormen auf, die in allen Fällen zur Anwendung kommen, wo es sich um Angehörige von Staaten handelt, die der Konvention nicht angehören.

Gemeinsam ist beiden Gesetzen die grundsätzliche Anwendbarkeit des Heimatrechts auf die materiellen Voraussetzungen des Eheschlusses und die Geltung des Rechts des Eheschliessungsortes für die Formalien der Trauung.

Betrachten wir vorerst die allgemeine Regelung des schweizerischen Internationalprivatrechtes. Sie sieht für den Eheschluss von Ausländern in der Schweiz die Anwendung des ausländischen Rechtes vor, soweit es sich um die Voraussetzungen in der Person des ausländischen Nupturienten handelt. Darin liegt die Anerkennung des Interesses, das der Heimatstaat an der Ehe seiner Angehörigen hat, auch wenn sie im Ausland geschlossen wird, und zugleich das Bestreben, die Ehe vor den Folgen der Nichtigkeit oder Ungültigkeit im Heimatstaat zu schützen. Diese sind besonders schwer, wenn der Bräutigam Ausländer ist (Unehelichkeit der Kinder und eventuell Heimatlosigkeit der Ehefrau). Daher stellt das schweizerische Gesetz (Art. 7e NAG) für diesen Fall[5]) das bereits erwähnte Erfordernis der Bewilligung der Wohnsitzbehörde[6]) auf, eine Voraussetzung, die der Feststellung der heimatrechtlichen Anerkenunng dient[7]). Die Grenzen des Rechtes zur Ehe werden also für den Ausländer vom Recht seiner Heimat bestimmt, sei es dass sie in positiven Voraussetzungen oder in Ehehindernissen[8]) bestehen. Aber diese Herrschaft der lex patriae über

[4]) Eingeführt durch Art. 59 Schlt. ZGB.
[5]) Beck, Kommentar, S. 195.
[6]) S. 72.
[7]) Normierung der Bedingungen für die Anerkennung sowie der Zuständigkeit ist Sache des betr. Staates; Burckhardt, Bundesrecht 1377 I—XII.
[8]) Es besteht kein Unterschied, ob es sich um einseitige, zweiseitige oder gegenseitige Ehehindernisse handelt. Beck, Kommentar, S. 160 f N. 21—27; Steinle, Zweiseitige Ehehindernisse im internationalen Privatrecht, S. 25 f; Spivak, Ungültigkeit der Ehe, S. 45.

die (ausländische) Eheschliessung ist keine absolute; sie ist beschränkt durch den ordre public des Eheschliessungsstaates.

Dieses Prinzip durchzieht das ganze internationale Privatrecht. Jede materielle Regelung, die das internationale Privatrecht einer ausländischen Rechtsordnung unterstellt, muss, um im Inland formell zur Wirkung gebracht werden zu können, die Kontrolle vom Gesichtspunkt des ordre public aus passieren. Die Geltung dieses Grundsatzes ist unbestritten[9]), denn er beruht auf der Einsicht, dass es einem Staate nicht zugemutet werden kann, eine ausländische Rechtsregel anzuwenden, die mit seiner Rechtsordnung unvereinbar ist. Die Frage aber, wann dies der Fall sei, ist Gegenstand einer reichhaltigen Literatur.

Während das formelle Wesen des ordre public als Vorbehalt des eigenen Rechts gegenüber der Anwendung einer ausländischen Norm klar feststeht, finden wir keine eindeutige, scharfe Umschreibung des Begriffsinhaltes. Alle Definitionen treffen sich wesentlich in dem Punkte, dass sie die Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit als Grund für das Eingreifen der Vorbehaltsklausel angeben[10]). Allein diese Erklärungsbegriffe sind ihrem Inhalt nach selbst unbestimmt, denn „es handelt sich hier um Fragen, die an die Grundlagen der Rechtsordnung heranreichen und damit auch die Grenze von Recht und Sittlichkeit berühren, und auf diesem Gebiete sind die klaren Begriffe selten"[11]).

Auch die Gesetzgebung enthält keine feste Richtlinie. Das schweizerische Recht hat weder im ZGB noch im NAG eine positive Umschreibung des ordre public vorgenommen. Die einzige

[9]) Beck, Kommentar, S. 75.

[10]) Vergl. die Zusammenstellung der verschiedenen Definitionen in Weber, Die Lehre vom Ordre public, S. 17 ff.

[11]) Homberger, Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des Bundesgerichtes, S. 66. Vergl. dazu auch Schnitzer, Handbuch des internationalen Privatrechts, S. 108 f.: „Es hat sich als unmöglich erwiesen, kasuistisch oder durch einzelne präzise allgemeine Begriffe den Umfang des Geltungsbereichs der Vorbehaltsklausel festzulegen. Es ist dies ein Versuch am untauglichen Objekt, weil es sich um einen Begriff handelt, dessen Grenzen flüssig sind und dessen Inhalt sich nach den zeitlichen und örtlichen Verhältnissen laufend verändert."

diesbezügliche Formulierung finden wir in der Botschaft des Justiz- und Polizeidepartementes zum Vorentwurf zum ZGB von 1900: „Die Bestimmungen des schweizerischen Zivilrechts, die um der öffentlichen Ordnung und guten Sitte willen aufgestellt sind, haben vor dem schweizerischen Richter ausnahmslos und ausschliesslich Geltung." Auch diese Fassung überlässt die Interpretation dem Rechtsgefühl[12]). Praktischere Hinweise gibt die allgemeine Vorbehaltsklausel, wie sie im Art. 30 EG zum deutschen BGB ausgedrückt ist: „Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstossen würde." Nun ist zwar allgemein gesehen der Zweck eines Gesetzes mittelbar oder unmittelbar immer die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit, da dies die Aufgabe des Rechts als Friedensordnung überhaupt ist, aber es ergeben sich aus dieser Formulierung zwei wichtige Folgerungen: Da sie keinen Unterschied zwischen Normen des öffentlichen und des Privatrechts macht, ist also unter ordre public nicht nur das öffentliche Wohl des Staates als Gesamtheit, sondern auch die Hochhaltung der seine Rechtsordnung ganz allgemein beherrschenden sozialen und ethischen Grundsätze zu verstehen. Ferner liegt in der Verweisung auf den Zweck eines Gesetzes bereits die Erkenntnis, dass die Vorbehaltsklausel auch in ihrer allgemeinen Fassung auf den speziellen Fall gerichtet ist. Jeder Rechtsnorm liegt ihr eigener, bestimmter Zweck zu Grunde. Mit diesem Zweck muss das im Einzelfall zur Anwendung gelangende ausländische Gesetz vereinbar sein. Das kann aber nicht abstrakt festgestellt werden, sondern verlangt die Prüfung einer konkret vorliegenden ausländischen Lösung[13]). Der Hinweis auf die guten Sitten ergänzt die Vorbehaltsklausel im Bezug auf Fälle, wo zwar das eigene positive Recht keine Norm aufgestellt hat, die Anwendung des fremden Rechts aber zu Ergebnissen führen würde, die mit den Prinzipien unserer Rechtsordnung nicht vereinbar sind[14]).

---

[12]) BGE 64 II 97.
[13]) Zum gleichen Resultat kommt auf anderem Wege Klein, Die Lehre vom Ordre public, S. 341.
[14]) Beck, Kommentar, S. 77.

Betrachten wir das Eheschliessungsrecht im Lichte dieser allgemeinen Feststellungen über den ordre public, so zeigt sich sofort die grosse Bedeutung der Vorbehaltsklausel auf diesem Gebiet. Haben wir für alle Beschränkungen der verfassungsmässigen Ehefreiheit die Sicherstellung der Zwecke der Ehe bezeichnet und diese nach Gesichtspunkten sozialer und individueller Ethik bestimmt, so ist damit ihre enge Beziehung zum ordre public gegeben. Dieser verlangt zwar nicht die unbedingte Anwendung aller zwingender Normen, sondern die Schweiz anerkennt grundsätzlich die Herrschaft des ausländischen Rechts (sogar über den Eheschluss von Schweizern im Ausland, BV 54, Abs. 3, und NAG 7f); nur eine untragbare Verletzung unserer Rechtsauffassung lässt eine Durchbrechung dieser Regel eintreten. Giesker-Zeller nimmt eine solche an, wenn „Kardinalprinzipien" des öffentlichen Wohls ausgeschaltet oder zum mindesten in hohem Masse verletzt werden[15]). Diese sind aber nicht durch abstrakte Überlegung oder durch einen speziellen positiven Vorbehalt gesetzt, sondern ergeben sich induktiv aus der konsequenten Rechtsübung. Im Eheschliessungsrecht verlangen sie die Monogamie[16]) und — auf Grund der Glaubens- und Gewissensfreiheit — das Ausscheiden kirchlicher Ehehindernisse[17]). Diesen, aber auch nur diesen Kardinalprinzipien misst Giesker-Zeller absolute Geltung auf Grund des ordre public zu; ihre Missachtung durch das ausländische Gesetz ruft notwendig der Anwendung der Vorbehaltsklausel. Eine so enge Begrenzung des Anwendungsgebietes genügt aber der Praxis nicht: auch die andern heimatrechtlichen Voraussetzungen zum Eheschluss müssen unter dem Gesichtspunkt des ordre public geprüft werden. Dabei berechtigt allerdings nicht jede vor der inländischen Regelung abweichende Lösung zur Anwendung des schweizerischen Rechts; es ist vielmehr Zurückhaltung am Platze, da die Ablehnung des fremden Rechtes immer einen gewissen moralischen Vorwurf gegenüber der andern Rechtsordnung be-

---

[15]) Giesker-Zeller H., Der ordre public international in der Schweiz, S. 155 und die dort zitierte Literatur.

[16]) Ein Mohammedaner kann also in der Schweiz keine Doppelehe eingehen, obwohl sein Heimatrecht ihm dies gestattet. Gmür, Kommentar, Familienrecht, S. 72 und 73 ff.; Beck, Kommentar Schlt. ZGB, S. 166; Spivak, S. 56.

[17]) Gmür, Kommentar, Familienrecht, S. 48.

deutet[18]). So ist z. B. die Altersgrenze des ZGB keine absolut zwingende Norm unseres Eheschliessungsrechts[19]). Ist die Abweichung aber eine so bedeutende, dass die nach Heimatrecht zulässige Ehe unserer Überzeugung nach ihren Zwecken unmöglich gerecht werden kann (z. B. die Kinderehen des ägyptischen Rechts), so ist die Verweigerung der Trauung auf Grund des ordre public statthaft[20]). Auch das Ehehindernis der Verwandschaft ist im Hinblick auf seine Gründe ein absolutes[21]). Das bereitet keine Schwierigkeiten, sofern es sich um das Eheverbot zwischen Ascendenten und Descendenten, das in allen Rechtsordnungen anerkannt ist, handelt. Aber auch ein Eheschluss zwischen Tante und Neffe bzw. Onkel und Nichte darf in der Schweiz nicht einmal auf Grund einer Dispens stattfinden und gilt daher als d'ordre public. Eine im Ausland entgegen dieser schweizerischen Norm, aber in Übereinstimmung mit der dortigen Rechtsanschauung geschlossene Ehe wird dagegen anerkannt. Diese Praxis rechtfertigt sich mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit und aus dem ordre public selbst, wird dieser doch durch das Fortbestehen einer solchen Ehe weniger verletzt als durch die Aufhebung und deren Folgen im Bezug auf die Wirkungen, die die Ehe bereits hervorgebracht hat.

Dass Geisteskrankheit und mangelnde Urteilsfähigkeit ohne Rücksicht auf das Heimatrecht die Ehe verbieten, ergibt sich notwendig daraus, dass sie eine richtige Ehe unmöglich machen[22]). Was das aufschiebende Ehehindernis der Wartefrist anbetrifft, so liegt sein Zweck, die eindeutige Feststellung der Vaterschaft und die Verhütung einer perturbatio sanguinis so stark im öffentlichen Interesse, dass die Geltung der Vorbehaltsklausel unzweifelhaft ist[23]).

---

[18]) Giesker-Zeller H., a. a. O., S. 154.
[19]) Burckhardt, Bundesrecht 1452 IX im Vergl. 1405 III, ferner Beck, Kommentar, S. 164.
[20]) Beck, Kommentar, S. 165.
[21]) Der Ausdruck „absolutes Ehehindernis" hat im internationalen Privatrecht eine andere Bedeutung als im Privatrecht (S. 44). Es bezeichnet hier Ehehindernisse d'ordre public.
[22]) Vergl. die Ausführungen S. 44 und S. I. Z. 32, 8.
[23]) Kreisschreiben des Eidgenössischen Justizdepartementes vom 16. Juli 1934, Bundesblatt 1934 II 845.

Aber gerade in diesem Zusammenhang stossen wir auf die zweite Art, wie sich der ordre public äussert: aus der engen Zweckbestimmung der Wartefrist ergibt sich, dass eine Ausdehnung derselben über das durch den Zweck bestimmte Mass hinaus[24]), z. B. ein unbefristetes Eheverbot für Geschiedene[25]) eine Beschränkung der persönlichen Freiheit im Bezug auf die Ehe wäre, die ihrerseits wieder eine Verletzung eines „Kardinalprinzips" unserer Rechtsordnung bedeuten würde. Der ordre public kann gegenüber dem Heimatsrecht nicht nur die Anwendung strengerer, sondern auch liberalerer Grundsätze durchsetzen. Den wichtigsten Fall haben wir bereits erwähnt: die kirchlichen Ehehindernisse; wie weit gilt dasselbe für die von der Verfassung ebenfalls ausgeschlossenen ökonomischen und polizeilichen Ehehindernisse? Diese Frage stellt sich besonders bei politischen Flüchtlingen und Deserteuren, denen der Heimatstaat regelmässig die Anerkennung, die als Voraussetzung für die Erlaubnis der Behörde zur Trauung in der Schweiz verlangt wird, verweigert. Art. 7e NAG überlässt die Entscheidung darüber, ob die Ehe trotzdem geschlossen werden dürfe, der zuständigen Behörde. Das bedeutet aber nicht, dass sie die Trauermächtigung willkürlich geben oder verweigern könne. Sie hat vielmehr den Grundsatz der Ehefreiheit und die Nachteile einer Ehe, die vom Heimatstaat nicht anerkannt wird, gegeneinander abzuwägen und zugunsten des überwiegenden Interesses zu entscheiden. Daraus erklären sich die leichteren Bedingungen für den Fall, dass der Ausländer in der Schweiz Wohnsitz hat oder dass sich die Frage der Bewilligung für die Braut stellt, die durch die Heirat das Bürgerrecht des Mannes erwirbt. Ihre Beziehung zum Heimatstaat wird dadurch so gelockert, dass sein Einfluss keine genügende Rechtfertigung für eine Beschränkung ihres Rechtes zur Ehe mehr bietet[26]). Steht aber ein Nupturient, insbesondere der Bräutigam, nicht in einer einigermassen dauernden Beziehung zum internen Recht und kann weder durch eine Anerkennungsbescheinigung noch durch den Nachweis entsprechender Gesetzesnormen oder konstanter Praxis dargetan

[24]) Beck, Kommentar, S. 168.
[25]) Kreisschreiben vom 30. Juni 1928.
[26]) Beck, Kommentar, S. 202 ff.

werden, dass der Heimatstaat die Ehe anerkannt, so überwiegt die Ablehnung der ungünstigen Wirkungen einer solchen Trauung gegenüber dem Interesse am Schutz der Ehefreiheit.

Es stellt sich hier die Frage, ob diese Lösung, gemessen an der Auffassung der Ehefreiheit als natürliches Menschenrecht, bestehen kann. Ziehen wir das Kriterium der sozialen und individuellen Zweckerfüllung heran, so zeigt sich, dass diese zwar an sich möglich, durch die nachteiligen Wirkungen der heimatrechtlichen Nichtanerkennung aber in einem Masse beeinträchtigt wird, dass die Verweigerung der Trauung auch dadurch eine Rechtfertigung erfährt.

Solche Schwierigkeiten[27]) im internationalen Eherecht zu beseitigen und die Gültigkeitserfordernisse für den ausländischen Eheschluss auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen, war das Ziel des Haager Eheschliessungsabkommens von 1902. Die so geschaffenen überstaatlichen Rechtsanwendungsnormen entsprechen der Idee einer gemeinsamen, die Kulturstaaten umfassenden Rechtsgemeinschaft, wie sie Savigny zum ersten Mal ausgesprochen hat[28]). Diese geht aber in Wirklichkeit nicht so weit, dass die Anerkennung des fremden Rechts eine unbedingte ist; auch innerhalb des Kreises der Konventionsstaaten kann es Differenzen in der Rechtsanschauung geben, so dass Fälle eintreten, wo es „einem Staat nicht zugemutet werden kann, an einer Eheschliessung mitzuwirken, die seiner Gesetzgebung schlechterdings zuwider läuft[29])." Die Haager Konvention schliesst zwar die Geltung der allgemeinen Vorbehaltsklausel aus, zählt aber in Art. 2 die Belange auf, die eine prohibitive Wirkung des ordre public auch gegen Angehörige von Konventionsstaaten rechtfertigen, während Art. 3

---

[27]) Über die Schwierigkeiten, die sich dem zwischenstaatlichen Eherecht entgegenstellten, siehe Gutzwiller, Internationalprivatrecht, S. 1633 ff. Vor dem Haager Abkommen bestanden verschiedene diesbezügliche Staatsverträge. So hatte die Schweiz schon am 23. August 1808 mit dem Grossherzogtum Baden einen Staatsvertrag über die bei ihnen zwischen badischen und schweizerischen Angehörigen zu beachtenden Formalitäten geschlossen. (Offizielle Sammlung I, S. 401—406.)

[28]) Vergl. Weber H., die Lehre vom ordre public, S. 8 f und die dort angeführte Literatur.

[29]) Dittmann, Die 6 Haager Abkommen, S. 10.

gegenüber kirchlichen Ehehindernissen die permissive Funktion der Vorbehaltsklausel anerkennt. Im übrigen aber ist der Eheschliessungsstaat sowohl an die positiven als auch an die negativen Ehevoraussetzungen des Heimatrechts gebunden. Die Behörden müssen sich vom Erfülltsein derselben auf Grund eines Zeugnisses der Heimatbehörden vergewissern und können vom Gültigkeitserfordernis der heimatrechtlichen Ehefähigkeit in keiner Weise dispensieren[30]). In den Fällen, wo die spezielle Vorbehaltsklausel eingreift — bei Bestimmungen über die ehehindernden Verwandtschaftsgrade, „Eheverbote" bei einfachem und qualifiziertem Ehebruch; dagegen haben die Bestimmungen des Art. 2 des Haager Abkommens für das schweizerische Recht keine Bedeutung soweit sie kirchliche Ehehindernisse und Eheverbote, die in der Unauflöslichkeit der Ehe begründet sind, vorbehalten, da diese unserer Rechtsordnung unbekannt sind — wirkt sie wie die allgemeine bei den gleichen Gegebenheiten. Der Ehefreiheit des Ausländers werden dann Grenzen gesetzt, die sein Heimatrecht nicht kennt, die aber nach den ethischen und sozialen Grundsätzen, die das Recht des Eheschliessungsortes bestimmen, durch das Wesen der Ehe gegeben sind.

Dass das schweizerische Recht von der Vorbehaltsklausel des Art. 3 Gebrauch macht, ergibt sich aus der früheren Feststellung ihres innern Zusammenhanges mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit. Anderseits ist ein Staat, für den die kirchlichen Ehehindernisse im ordre public begründet sind, nicht verpflichtet, eine im Widerspruch dazu geschlossene Ehe anzuerkennen (Art. 3, Abs. 2). Sobald dagegen eine Rechtsordnung die Ehebeschränkung aus kirchlichen Rücksichten in ihrem Gebiet ablehnt, so muss sie konsequenterweise auch Ehen, die im Ausland entgegen derartigen Bestimmungen des Heimatrechts geschlossen wurden, Gültigkeit zusprechen.

Angesichts der ebenso strikten Ablehnung der ökonomischen und polizeilichen wie der kirchlichen Ehehindernisse, wie sie Art. 54 BV ausdrückt, stellt sich die Frage nach einer entsprechenden

[30]) Buckhardt, Bundesrecht 1566 II.

Sicherstellung der Prinzipien der Konventionsstaaten in dieser Hinsicht. Was die ökonomischen Ehebeschränkungen betrifft, so lässt sich feststellen, dass ihre Ablehnung in den Kulturstaaten eine so einstimmige ist, dass sich eine diesbezügliche Garantie erübrigt. Die Divergenz der Meinungen im Bezug auf die polizeilichen Hindernisse dagegen ist erheblich und hat 1914 zum Austritt Frankreichs aus der Konvention geführt. Die 6. Haager Konferenz hat denn auch eine (noch nicht ratifizierte) Ergänzung beschlossen, die für Ehehindernisse, die auf militärischen Vorschriften oder fürstlichen Hausgesetzen beruhen, eine analoge Regelung wie für die kirchlichen vorsieht. Damit ist bereits eine weitgehende Konzession an die freiheitliche Auffassung der einzelnen Staaten gemacht. Sie betrifft aber nur einen kleinen Teil der unter dem Begriff der polizeilichen Ehehindernisse zusammengefassten Tatbestände. Ihre Besonderheit liegt darin, dass sie wesentlich im Verhältnis des Einzelnen zu seinem Heimatstaate begründet sind; nur diesem gegenüber ist er z. B. Refraktär oder Deserteur[31]); der ausländische Staat wird durch diesen Rechtsbruch in keiner Weise verletzt. Dasselbe gilt aber nicht für andere polizeiliche Ehehindernisse. Gemeine Verbrechen verstossen nicht nur gegen die Rechtsordnung des Heimatstaates; sie unterliegen der Missbilligung des allgemeinen Rechtsempfindens; hygienische und bevölkerungspolitische Postulate sind nicht an nationale Grenzen gebunden, sondern berühren mehr oder weniger jede Volksgemeinschaft, usw. Jeder Staat aber kann seine diesbezüglichen Interessen mit denjenigen Massnahmen wahren, die er dazu für geeignet erachtet; er kann also dazu eventuell auch das Mittel der Ehebeschränkung heranziehen. Geht man nun vom Gedanken einer überstaatlichen Rechtsgemeinschaft aus — und seine Ablehnung bedeutet die Ablehnung internationaler Konventionen überhaupt — so muss der ausländische Staat diese Massnahmen, mit denen der Heimatstaat ein objektiv schützenswertes Rechtsgut sichert, anerkennen. Auf Grund dieser Unterscheidung betrachtet, rechtfertigt es sich, die Ergänzung des

[31]) Die gleiche Argumentation führt auch bei der Behandlung von Ehehindernissen, die auf fürstlichen Hausgesetzen beruhen, zum Ziele; wir gehen ihrer geringen praktischen Bedeutung wegen hier nicht ausdrücklich darauf ein.

Art. 3 der Haager Eheschliessungskonvention als genügend zu erachten, die die Anwendbarkeit der permissiven Vorbehaltsklausel auf die polizeilichen Ehehindernisse nur soweit ausdehnt, als es sich um solche handelt, deren Begründung in der persönlichen Beziehung des Einzelnen zu seinem Heimatstaat beruht.

In formeller Hinsicht ist in den Konventionsstaaten für den Eheschluss die Erfüllung der Vorschriften des Eheschliessungsstaates Gültigkeitserfordernis. Für die Schweiz ist dies die Trauung vor dem Zivilstandsbeamten[32]). Eine Ehe, die nur vor einem kirchlichen oder diplomatischen Beamten abgeschlossen wurde, ist nach schweizerischem Recht ungültig[33]). Es steht aber nichts im Wege, dass sie der Heimatstaat seinerseits trotzdem anerkennt, wenn die Form nach seiner Gesetzgebung erfüllt ist (Art. 7 des Haager Abkommens).

Wie verhält sich nun aber die Norm von Art. 54, Abs. 3 BV, zu den Grundsätzen des internationalen Privatrechts, wie sie im NAG und in der Haager Eheschliessungskonvention niedergelegt sind? Die Verfassungsbestimmung sagt vorerst nichts über den persönlichen Geltungsbereich. Er ergibt sich aus den internationalen Schranken der Staatsgewalt, hier im besondern aus der Personalhoheit: die verfassungsmässige Anerkennung des ausländischen Eheschlusses bezieht sich nur auf diejenigen Ehen, bei denen mindestens eines der Brautleute schweizerischer Nationalität ist[34]). Im Bezug auf Ehen von Ausländern, die im Ausland geschlossen werden, hält sich das schweizerische Recht an das Heimatrecht der Betreffenden; anerkennt dieses die Ehe, so ist sie auch in der Schweiz gültig; betrachtet sie das Heimatrecht als ungültig oder als nicht existent, so versagt auch das schweizerische Recht die Anerkennung. „Wenn zwei Ausländer in ihrer Heimat eine ungültige Ehe geschlossen haben, dann mangelt jeder Grund, diese Ehe in der Schweiz als gültig anzusehen. Mit welchem Grund und mit welchem Recht wollte die Schweiz die Ausländer gegen

---

[32]) Bundesblatt 1880 II 22; Salis, Bundesrecht 1565; Burckhardt, Bundesrecht 1976 I, BGE VII 97.
[33]) Spivak S., Ungültigkeit der Ehe nach dem internationalen Privatrecht, S. 46.
[34]) Bundesblatt 1880 II 22; Salis, Bundesrecht 1565; Burckhardt, Bundesrecht 1976 I, BGE VII 97.

ihr eigenes Heimatrecht schützen[35])?" Art. 54, Abs. 3 BV, hat also den Charakter eines Personalstatutes.

Der Wortlaut beantwortet auch nicht ohne weiteres die Frage, wie weit für die im Ausland abgeschlossene Ehe die „dort geltende Gesetzgebung" massgebend sei. In dem Konkordatsentwurf von 1868, der dem Art. 54 bekanntlich zugrunde lag, wurden darunter bloss die Formalien verstanden; die materiellen Ehehindernisse des Heimatkantons waren ausdrücklich vorbehalten[36]), eine weitergehende Interpretation ist aber mit dem Gesetzestext durchaus vereinbar und hat sich von Anfang an durchgesetzt. Schon zwei Kreisschreiben des Bundesrates[37]) von 1874 und das BG über Zivilstand und Ehe vom 24. Dezember 1874 legten den Ausdruck im umfassenden Sinne aus: Ein Schweizer kann demnach im Ausland eine rechtsgültige Ehe eingehen ohne Rücksicht auf die Ehehindernisse des schweizerischen Rechts. „Jede Auslandsehe eines Schweizers muss in der Schweiz als gültig anerkannt werden, wenn sie gemäss dem am Ort der Eheschliessung geltenden Recht gültig eingegangen ist[38])."

Die Anerkennung des ausländischen Eheschlusses, wie sie die BV zusichert, geht also über die Voraussetzungen des Haager Abkommens hinaus: Nicht nur für die Formalien[39]), sondern auch für die materiellen Erfordernisse begnügt sich das schweizerische Recht mit dem Erfülltsein der Anforderungen der lex loci. Es unterstellt seine Angehörigen direkt der ausländischen Gesetzgebung. Ein Ehefähigkeitszeugnis oder eine besondere Bewilligung[40]) der schweizerischen Heimatbehörden ist vom Standpunkt des schweizerischen Rechts aus nicht notwendig. Wenn also der ausländische

[35]) Spivak S., Ungültigkeit der Ehe nach dem internationalen Privatrecht, S. 46.
[36]) Also die, den allgemeinen internationalprivatrechtlichen Grundsätzen entsprechende Regelung.
[37]) Bundesblatt 1874 II, S. 509 ff.
[38]) Spivak S., Ungültigkeit der Ehe nach dem internationalen Privatrecht. S. 60.
[39]) Eine im Ausland abgeschlossene Ehe wird demnach nicht nur dann anerkannt, wenn sie vor dem Zivilstandsbeamten geschlossen wurde, sondern auch die kirchliche Trauung als solche (Geschäftsbericht des Justiz- und Polizeidepartementes, 1905, S. 16, Nr. 16), der Eheschluss vor einem diplomatischen Vertreter (Bundesblatt 1923 II, S. 766), ja sogar eine formlos eingegangene Ehe (Bundesblatt 1892 II, S. 517, Nr. 12) ist gültig, wenn sie der Gesetzgebung des Eheschliessungsortes entspricht.
[40]) Verordnung über den Zivilstandsdienst vom 18. Mai 1928, Art. 158.

Staat als Voraussetzung für den Eheschluss eine solche Bescheinigung verlangt, so bringt die schweizerische Behörde durch die Ausstellung nicht eigenes zwingendes Recht zur Geltung, sondern gibt ihrem Bürger dadurch bloss die Möglichkeit zur Erfüllung eines Erfordernisses des ausländischen Rechts[41]). Die Feststellung der Ehefähigkeit, die den Inhalt des Zeugnisses bildet, bestimmt sich aber trotzdem nach schweizerischen Grundsätzen und es ist möglich, dass die Bescheinigung auf Grund von Ehehindernissen verweigert werden muss, die das ausländische Recht nicht kennt, wohl aber das schweizerische. Dann bedeutet das fehlende Ehefähigkeitszeugnis das einzige Hindernis am Eheschliessungsort. Würde der ausländische Staat ein solches nicht verlangen, so könnte die Ehe geschlossen werden und würde, trotz der Missachtung des schweizerischen Ehehindernisses, Rechtsgültigkeit geniessen[42]). Diese Rechtsungleichheit wurzelt aber nicht in der schweizerischen Rechtsordnung, sondern in den verschiedenen Anforderungen der ausländischen Gesetzgebungen. Sie entspricht objektiven Unterschieden in der lex loci.

Dass diese volle Anerkennung ein einfaches Mittel zu Umgehungen des schweizerischen Gesetzes bildete, ist klar, und das B. G. über Zivilstand und Ehe lieferte keine Handhabe dagegen. Die Interpretation, dass der Eheschluss im Ausland durch den ausländischen Wohnsitz begründet sein müsse, beruht auf blossen Opportunitätsüberlegungen und ist gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes nicht stichhaltig. Dieser stellt ganz allgemein für die formellen und materiellen Gültigkeitserfordernisse den Satz auf: locus regit actum, nicht nur im Sinne des Wohnsitzrechtes, sondern des Rechts des Eheschliessungsortes. Erst das B. G. über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter hat Eheschlüssen in fraudem legis durch die besondere Bestimmung des Art. 7f, Abs. 1, die Berufung auf die Garantie des Art. 54, Abs. 3, entzogen und damit einem dringenden Bedürfnis eines nicht im Formalismus erstarrten Rechtsempfindens Rechnung getragen[43]).

[41]) Vergl. Beck, Kommentar, S. 296.
[42]) Burckhardt, Bundesrecht, 1452 I im Vergl. zu 1405 III.
[43]) BGE 60 II 6 f. Vergl. Blumer-Morel, Bundesstaatsrecht, S. 466.

Der Verfassungsbestimmung liegt eindeutig der Wille zugrunde, der Ehe die grösstmögliche Anerkennung zu sichern und es entspricht dieser Absicht, wenn die Auslegung abgelehnt wird, die aus der Gültigkeit des Eheschlusses nach ausländischem Recht e contrario folgert, eine ausländische Trauung sei in der Schweiz immer ungültig, wenn sie nach dem Recht des Eheschliessungsortes ungültig sei. Die Geltung des internationalprivatrechtlichen Grundsatzes „locus regit actum" ist eine blosse fakultative[44]) und es steht jedem Staate frei, einem Rechtsakte darüber hinaus seine Anerkennung zu gewähren, wenn er den Anforderungen der internen Rechtsordnung genügt. Er ist nicht verpflichtet, die Beobachtung fremden Rechts als unbedingte Voraussetzung für die Gültigkeit in seinem Rechtskreis zu verlangen. Gestützt auf diese Autonomie anerkennt das schweizerische Recht eine Ehe auch gegen die Bestimmungen des ausländischen Rechts, sobald die Erfordernisse, die das schweizerische Recht an den ausländischen Eheschluss stellt, erfüllt sind[45]). Diese Regel findet ihre Bestätigung und Ergänzung in der Norm des Art. 7 d NAG, die jedem Schweizer das Recht gibt, sich in der Schweiz trauen zu lassen. Er erhält dadurch die Möglichkeit, Ehehindernisse, die das Ausland als solche d'ordre public betrachtet, zu umgehen, indem er sich dem schweizerischen Recht unterstellt[46]).

Anderseits ist aber nicht unbedingt verlangt, dass die Voraussetzungen des schweizerischen Gesetzes erfüllt sein müssen, denn Art. 54, Abs. 3, anerkennt ja gerade die Geltung ausländischer Normen. Burckhardt[47]) hält das schweizerische Recht für massgebend in allen Fällen, wo das Recht des Eheschliessungsortes auf Heimatrecht verweist; wenn diese Kollisionsnorm des ausländischen Staates ausser acht gelassen werde, so sei die Ehe in der Schweiz ungültig, auch wenn sie den Anforderungen der lex loci im übrigen entspreche. Allein Art. 7 f, Abs. 2, des B. G. von 1891 sieht die Ungültigerklärung einer Ehe in der Schweiz nur vor, wenn sie

[44]) von Baar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, Bd. I, S. 164.
[45]) Art. 7 f, Abs. 2, BG über die zivilrechtl. Verh. der Niedergelassenen und Aufenthalter; BGE 21, S. 316 f.
[46]) Beck, Kommentar, S. 189. N. 4 ff. und S. 275.
[47]) Buckhardt, Kommentar zur BV, S. 502.

sowohl den Erfordernissen des Rechts des Eheschliessungsortes als auch denen des schweizerischen Rechts nicht genügt. Diese Fassung rechtfertigt die Annahme, dass die schweizerische Anerkennung gewährleistet sei, wenn die Ehe nur einem der beiden Gesetze alternativ entspricht. Diese Auffassung wird bestätigt und bezeichnend illustriert durch die schweizerische Haltung an der Haager Konferenz, wo die Delegierten der Eidgenossenschaft die Verweigerungsklausel in Art. 1 durchsetzten, die unter der Voraussetzung entsprechender heimatrechtlicher Bestimmungen auch die materielle Anwendung des Rechts des Eheschliessungsortes ermöglicht. Das bedeutet eine oft kritisierte[48]) Durchbrechung des internationalprivatrechtlichen Grundprinzips der materiellen Geltung des Heimatrechts, ist aber gleichzeitig ein Beweis für die Tendenz der schweizerischen Rechtsauffassung, die Ehefreiheit im weitesten Rahmen zu sichern.

II. Die Nationalität der Ehefrau.

Die diesbezügliche Verfassungsbestimmung von Art. 54, Abs. 4, steht mit dem Recht zur Ehe nur insofern im Zusammenhang, als sie die Zusicherung einer Nebenfolge des Eheschlusses zum Gegenstand hat. Wir bezeichnen sie ausdrücklich als Nebenfolge, weil die eheliche Verbindung nicht notwendig die einheitliche Staatszugehörigkeit der Gatten erfordert. Während die Hauptwirkung des Eheschlusses, die rechtmässige Begründung der Gemeinschaft, unentbehrliche Voraussetzung für die Erreichung der Ehezwecke ist, bedeutet die Nebenfolge bloss eine wünschenswerte Betonung der Gemeinsamkeit aller Lebensbeziehungen. Die Erteilung des Bürgerrechtes des Mannes an die Ehefrau entspricht auch dem agnatischen Prinzip, das Namen und Stand den Generationen im Mannesstamme folgen lässt. Dieses liegt nicht nur dem Familienrecht zugrunde, sondern ist auch fest in unseren gesellschaftlichen Anschauungen verankert. Die Einheitlichkeit des Bürgerrechts ist aber kein Wesensmerkmal der Ehe, und ent-

[48]) Beck, Kommentar, S. 274.

sprechend diesem akzidentiellen Charakter ist die Anerkennung der verleihenden Wirkung des Eheschlusses im Bezug auf das Bürgerrecht der Ehefrau — international gesehen — auch keine allgemeine. Manche Staaten kennen die „Einheirat" ins Bürgerrecht gar nicht, in andern tritt sie bei der Heirat nicht ipso iure, sondern erst durch einen besondern Rechtsakt ein[49]).

Die negative Parallele, die das schweizerische Recht zieht, wonach die Frau durch die Ehe ihr bisheriges Bürgerrecht verliert, ist im Hinblick auf die oben angeführte Begründung durchaus folgerichtig, wenn auch nicht begriffsnotwendig[50]). Die bisherige Praxis ist dem Grundsatz aber nicht konsequent gefolgt. In allen Fällen, wo eine Schweizerin einen Ausländer heiratet, dessen Heimatstaat die entsprechende Norm nicht kennt, belässt sie der Frau ihr angestammtes Bürgerrecht. Sie behandelt den Erwerb des ausländischen Bürgerrechts als notwendige Voraussetzung für den Verlust des schweizerischen. Burckhardt[51]) lehnt diese Ausnahme von der Regel des schweizerischen internationalen Rechtes ab, indem er die Durchbrechung der Eigengesetzlichkeit unter diesen besondern Gegebenheiten als bedauerliche Nachgiebigkeit bezeichnet. Demgegenüber stützt sich der überwiegende Teil der Lehrmeinungen und mit ihnen das Bundesgericht auf die hervortretende Absicht des Art. 44 BV, keinem Schweizer das Bürgerrecht zu seinem Nachteil zu entziehen. Da die Eidgenossenschaft kein fremdes Bürgerrecht zusichern kann, bezieht sich Art. 54, Abs. 4, nur auf die Heirat von Schweizern mit Ausländerinnen. Seine direkte und positive

---

[49]) Die meisten europäischen Gesetzgebungen lösen die Frage wie das schweizerische Recht. Amerika erteilt das Bürgerrecht nicht auf Grund des Eheschlusses mit einem Amerikaner, kennt aber besondere Erleichterungen in den Einbürgerungsbedingungen für zugeheiratete Ausländerinnen. Ähnliche Lösungen haben seit dem letzten Weltkrieg auch Frankreich und Russland.

[50]) Gmür, Kommentar ZGB, Familienrecht, S. 248 f. Neuerdings wird dieser Grundsatz besonders in Deutschland de lege ferenda bekämpft. Fleiner (Bundesstaatsrecht, S. 108) begründet seine Geltung mit dem Gewohnheitsrecht. Andere lehnen dieses als Quelle öffentlichrechtlicher Normen ab; die Regel wird dann bloss indirekt aus der Interpretation begründet. Die schweizerische Praxis hat sie von jeher unabhängig von einer Verzichtstheorie anerkannt. Ullmer, Staatsrechtliche Praxis II, Nr. 815 BGE 36 I 225, ferner ebenso BGE V 82 und VII 97.

[51]) Kommentar zur Schweiz. Bundesverfassung, S. 503.

Rechtswirkung ist somit begrenzt, und es wird daraus gefolgert, dass die daraus abgeleitete indirekte und negative Rechtswirkung nur beschränkt zu bejahen sei[52]).

Diese Auslegungsfrage hat nun ihre positivrechtliche Lösung in einem Bundesratsbeschluss vom 11. November 1941 über die Änderung der Vorschriften über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts gefunden. Art. 5 desselben befasst sich mit der Frage des Bürgerrechtsverlustes infolge Heirat mit einem Ausländer. Grundlage der Regelung bildet der Satz: „Wenn eine Schweizerin mit einem Ausländer eine in der Schweiz gültige Ehe schliesst, verliert sie das Schweizerbürgerrecht" (Art. 5, Abs. 1). Das Bestreben, die Schaffung neuer Heimatlosenfälle möglichst zu verhindern, führt aber schon in Abs. 2 zu einer Durchbrechung des Grundsatzes, indem die Beibehaltung des Schweizerbürgerrechts für alle Fälle zugesagt wird, wo die Schweizerin sonst unvermeidlich staatenlos würde. Gegenüber der bisherigen Praxis ist wesentlich die Einführung des Merkmals der Unvermeidlichkeit[53]). Schon die blosse Möglichkeit, das ausländische Bürgerrecht zu erwerben, hebt diese auf, und zwar gleichgültig, ob sie ipso iure oder unter bestimmten Voraussetzungen (Gesuch oder Option) gegeben ist. Wenn z. B. eine Schweizerin, die einen Ausländer heiratet, es vorziehen würde, ihr angestammtes Bürgerrecht zu behalten, kann sie diesen Zweck nicht dadurch erreichen, dass sie die formellen Bedingungen nicht erfüllt, die der Heimatstaat ihres Gatten an den Erwerb seiner Staatszugehörigkeit im Zusammenhang mit dem Eheschluss stellt. Anderseits kann auch der Fall eintreten, dass eine Schweizerin aus Unkenntnis die rechtlichen Voraussetzungen für den Erwerb des Bürgerrechts ihres ausländischen Gatten nicht erfüllt; der Satz: ignoratia iuris nocet wird auf sie angewendet werden. Dadurch, dass das objektive Recht über die Unvermeidlichkeit entscheidet, ist der Verlust bzw. die Beibehaltung des schweizerischen Bürgerrechtes der Willkür der Einzelnen entzogen, gleichzeitig aber wieder die Tür für neue Heimatlosenfälle geöffnet. Um

[52]) BGE 36 I 225.

[53]) Vergl. Dr. Max Ruth, Das Bürgerrecht beim Eheschluss einer Schweizerin mit einem Ausländer, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bd. 78, Heft 1, Januar 1942.

Härten zu vermeiden, die sich hier möglicherweise ergeben können, gibt der Bundesratsbeschluss in Art. 5, Abs. 5, dem Eidgen. Justiz- und Polizeidepartement die Kompetenz, Ausnahmen von der gesetzlichen Regel zu gewähren. Diese letztere Bestimmung weist auf eine Nachgiebigkeit des Gesetzgebers hin, die der positiven Regelung die Kritik, die Burckhardt an der bisherigen Praxis geübt hat, nicht ersparen wird. Es hängt also noch weitgehend von der Handhabung durch die Praxis ab, ob dieses Gesetz eine wesentliche Änderung des bisherigen Zustandes bringen wird.

Das Recht zur Ehe kann in dieser Auseinandersetzung keinesfalls als Argument verwendet werden, denn der Verlust des bisherigen Bürgerrechts, auch ohne den Erwerb eines neuen, verhindert den Eheschluss an sich nicht. Gewiss können diesbezügliche Überlegungen den Entschluss zur Ehe beeinflussen; wird aber die Ehe mit dem Ausländer um ihrer wesentlichen Wirkungen willen gewollt, so wird das Eintreten der Nebenfolge schliesslich kein unüberwindliches Hindernis bilden. Die Staatenlosigkeit, deren Verhütung die Praxis des Bundesgerichts im Auge hat, wirkt sich zudem während des Bestehens der ehelichen Verbindung für die Ehefrau bedeutend weniger drückend aus als in anderen Fällen, da die Vorteile des Bürgerrechts des Mannes im allgemeinen der ganzen Familiengemeinschaft zugute kommen. Nach Auflösung der Ehe (durch Tod oder Scheidung) kann die Frau der Heimatlosigkeit entgehen durch die Wiederaufnahme ins Schweizerbürgerrecht, die für diese Fälle weitgehend erleichtert ist[54]).

Viel wichtiger ist im Zusammenhang mit dem Grundsatz von Art. 54, Abs. 4, BV und seiner Beziehung zum Recht zur Ehe die Frage nach der Beurteilung von Ehen, deren ausschliesslicher Zweck es ist, Ausländerinnen das Schweizerbürgerrecht zu verschaffen.

Vom Gesichtspunkt des Rechts zur Ehe aus betrachtet, fragt es sich in solchen Fällen vor allem, ob es sich hier um einen rechtmässigen oder rechtswidrigen Gebrauch dieses Rechtes handle.

[54]) B. G. betr. Erwerbung des Schweizerbürgerrechts und dem Verzicht auf dasselbe vom 25. Juni 1903, Art. 10, ergänzt und z. T. derogiert durch den Bundesratsbeschluss vom 11. November 1941.

Man hat die Möglichkeit eines Rechtsmissbrauchs im Bezug auf die im öffentlichen Recht verankerten Persönlichkeitsrechte, zu denen das Recht zur Ehe gehört, schon grundsätzlich abgelehnt[55]). Die Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten subjektiven Rechten ist aber für die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der missbräuchlichen Ausübung irrelevant; die Grenze liegt vielmehr da, wo der Berechtigte in der Ausübung mit den Interessen anderer Rechtssubjekte in Beziehung tritt. Solange ein Recht seiner Natur nach ausschliesslich intern persönliche Akte zum Gegenstand hat, ist Missbrauch im iuristischen Sinne begrifflich unmöglich, wie dies bei der Gewissensfreiheit zutrifft. Der Gebrauch eines Rechtes wird erst rechtswidrig, also Missbrauch, durch die Beeinträchtigung, die ein anderer dadurch erfährt, und dem auf der Seite des Berechtigten kein genügend schützenswertes Interesse entspricht. Das ist der Gedankengang, der Art. 2 ZGB zugrunde liegt, und es ist nicht einzusehen, warum dieser auf die verfassungsmässigen Rechte nicht anwendbar wäre, soweit sie Beziehungen des einzelnen Berechtigten zu andern Rechtssubjekten involvieren. Dies ist aber beim Recht zur Ehe offenbar der Fall; wir haben schon einleitend auf das eminente Interesse der Gesellschaft am rechtmässigen Zustandekommen und der richtigen Erfüllung der Ehe hingewiesen.

Die Verwendung der Form des Eheschlusses zum einzigen Zweck der Erlangung des Bürgerrechts, die auf anderem Wege ausgeschlossen wäre, da ihr eine verwaltungsrechtliche Verfügung, der Ausweisungsbefehl, entgegensteht, ist eine Gesetzesumgehung. Gesetzesumgehung aber ist nichts anderes als ein anderer Aspekt des Rechtsmissbrauches[56]). Auch das Bundesgericht ist in einer Praxisänderung vom 9. November 1939 von der

[55]) BGE 48 II 182 ff.

[56]) „Beim Rechtsmissbrauch gehen wir von der Idee aus, der scheinbare Inhalt eines subjektiven Rechtes bedürfe mit Rücksicht auf ein entgegenstehendes, schützenswerteres Interesse der Einschränkung. Bei der Gesetzesumgehung hingegen besteht die Vorstellung, jemand versuche zu seinem eigenen Vorteil dem objektiven Recht eine formalistische und auf den ersten Blick richtig scheinende, aber bei tieferer Überlegung als unhaltbar erkennbare Interpretation zu geben, durch welche ein entgegenstehendes Interesse einem Eingriff Preis gegeben würde." Siegwart, Zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten, S. 29.

Ablehnung der Möglichkeit des Rechtsmissbrauchs bei der Ausübung öffentlich rechtlicher Befugnisse zur Anerkennung übergegangen[57]).

Damit will aber nicht gesagt sein, dass jeder Eheschluss, der den Zweck der Einbürgerung der Ehefrau verfolgt, wegen Rechtsmissbrauchs angefochten werden könne. Die Motive der Heirat sind der staatlichen Kontrolle nicht unterworfen, was dem Staat aber zusteht, ist die Normierung der Ehe. Er hat durch das Gesetz die Wirkungen bestimmt, die der Eheschluss notwendig hervorbringt, Rechte und Pflichten, die dieser Verbindung spezifisch sind, und Wirkungen, die als Nebenfolgen eintreten. Letztere erhalten aber ihre Rechtfertigung nur aus der Natur und Zweckbestimmung der Ehe. Die Rangordnung der Wirkungen kann nun zwar im Innerverhältnis der Parteien invertiert oder sogar ihre Zahl vermehrt, nie aber vermindert werden. Wenn die Nupturienten die Ehe mit all ihren Konsequenzen eingehen, so ist es ihre Privatsache, wenn sie dabei höheren ideellen Gütern ein geringeres (die Erlangung des Bürgerrechtes für die Frau) voranstellen.

Anders liegen aber die Dinge, wenn die Hauptwirkungen des Eheschlusses durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen und nur die Nebenfolge bezweckt wird. Ist eine unter diesen Voraussetzungen eingegangene Ehe gültig? Die ursprüngliche Praxis des Bundesgerichts bejahte diese Frage mit der Begründung, dass nur die rechtmässige Ehe die von den Eheleuten als ersten und einzigen Zweck angestrebte Nebenfolge erwirke. Es sei eine solche Ehe zwar ein Scheingeschäft, aber die Simulation findet nicht Platz unter den in Art. 120 ff. ZGB erschöpfend aufgezählten Nichtigkeitsgründen. Im Vertragsrecht begründen dissimulierte Abmachungen, die dem zwingend normierten Inhalt eines Rechtsinstitutes entgegenstehen, keine Bindungen zwischen den Parteien. Die Erfüllung der mit der Ehe gesetzlich verbundenen Pflichten und die Ausübung der Rechte, die durch die vorherige Abmachung ausgeschlossen wurden, können aber nicht vom andern Ehegatten (und noch viel weniger von Dritten) er-

[57]) BGE 65 II 133 und 65 II 139.

zwungen werden. Die einzig mögliche Reaktion auf die Verweigerung des tatsächlichen Vollzugs der Ehe ist die Scheidung. Diese hebt alle Wirkungen des Eheschlusses auf mit Ausnahme der einzigen, die durch den Missbrauch erstrebt wurde: die Frau behält den Personenstand und damit das Bürgerrecht des Mannes. Die Anerkennung der Gültigkeit einer solchen Scheinehe führt somit zum stossenden Schluss, dass ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch geschützt wird. Der Grund dafür liegt darin, dass sich die Anerkennung auf ausschliesslich formalistische Argumente stützt. Diese mögen im Zusammenhang mit wirtschaftlichen, vermögensrechtlichen Scheingeschäften befriedigen, zumal dort die Aufrechterhaltung ihrer Gültigkeit nach aussen im Interesse gutgläubiger Dritter gegeben ist. Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit ist im Bezug auf die Ehe nicht geringer; aber sie wird beim heutigen Stand der Rechtspflege kaum durch die äusserst seltenen Nichtigkeitserklärungen als vielmehr durch die häufigen Scheidungen gefährdet.

Ein so wesentlich sittlich bestimmtes Rechtsinstitut, wie die Ehe, darf nicht ausschliesslich von formalistischen Gesichtspunkten aus betrachtet und beurteilt werden. Wenn die äussern Formen augenscheinlich erfüllt sind, der die eheliche Verbindung in ihrer Gesamtheit umfassende Wille aber fehlt, so ist das Rechtsinstitut hohl und wertlos[58]). Die besonders eingehende Gestaltung und der ausgedehnte Schutz, den das Recht der Ehe angedeihen lässt, gilt nicht ihrer äussern Form, sondern ihrem sittlich-rechtlichen Wesen, ohne das alle Nebenwirkungen ihren Sinn und ihre Berechtigung verlieren. Gerade darin zeigt es sich, wie unumgänglich notwendig der Hinweis auf den materiellen Inhalt des Willens bei der Definition der Ehe auch für die iuristische Begriffsbildung ist, und dass die formalen Elemente allein nicht genügen[59]). Wenn aber der Staat nur die in ihrem vollen Wesen bejahte Verbindung von Mann und Frau als Ehe anerkennt, so verhindert der Ausschluss der spezifischen Wirkungen als eindeutiges Zeichen des mangelnden Ehewillens das Entstehen des ehelichen Rechtsverhältnisses.

---

[58]) Siegwart zieht dazu die sehr anschauliche handelsrechtliche Parallele der Aktienmäntel (Zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten, S. 13 f).
[59]) Vergl. unsere Definition, S. 37.

Ein solches hat nur in seiner wesensgemässen Erfüllung Anspruch auf die Garantie der Ehefreiheit. Die Zusicherung des freien Eheschlusses begründet keine Vertragsfreiheit und bedeutet daher auch keine Anerkennung von Scheinehen. Eine ausschliesslich in der Absicht verlangte Trauung, dadurch das Bürgerrecht zu erschleichen, kann ohne weiteres verweigert werden. Die Ablehnung geschieht dann nicht auf Grund eines Ehehindernisses oder mangels eines gesetzlichen Erfordernisses in der Person der Nupturienten, sondern weil es einen Widerspruch in sich bedeuten würde, wenn das Recht eine Widerrechtlichkeit sanktionieren würde. Die Ehe selbst kann zwar nie rechtswidrig sein, da ihr Inhalt vom Gesetz gegeben ist; die Rechtswidrigkeit liegt aber gerade in der Ablehnung dieses notwendigen Inhalts.

Die Verweigerung schützt zugleich das öffentliche Interesse. Wir haben betont, dass dieses an sich für die Beschränkungen des Rechtes zur Ehe nie direkt massgebend sein dürfe[60]); hier wird aber nicht der Gebrauch des Individualrechtes verhindert, sondern sein Missbrauch. Darin liegt, auf die kürzeste Formel gebracht, die Rechtfertigung der neuen, durch einen Entscheid vom 9. November 1939 grundgelegten Praxis des Bundesgerichts gegenüber dem verfassungsmässigen Recht zur Ehe[61]).

III. Legitimation vorehelicher Kinder.

Art. 54, Abs. 5, leistet eine Garantie, die mit dem Recht zur Ehe keinen innern Zusammenhang hat, denn er begründet keinen Rechtsanspruch der Nupturienten, sondern einen solchen der schon

---

[60]) Indirekt wird es durch die sinngemässe Verwendung des Rechtsinstitutes der Ehe am besten gewahrt. Vergl. S. 41.

[61]) Die Ablehnung der Erschleichung des Bürgerrechtes auf dem Wege der Scheinehe ist durch einen Bundesratsbeschluss vom 20. Dezember 1940 auch im positiven Recht verankert worden. Dieser ermächtigt das Eidgen. Justiz- und Polizeidepartement, Ehen nichtig zu erklären, die ausschliesslich die Umgehung von Einbürgerungsvorschriften zum Zwecke haben.

vor Eheschluss geborenen Kinder derselben. Der einzige Grund, der für die Einführung des Satzes an dieser Stelle sprach, ist die Tatsache, dass er, wie das vorgängige Alinea, eine Folge des Eheschlusses zum Gegenstand hat. Während aber dort durch die Frage des Missbrauchs der Ehefreiheit zur Erreichung der zwar verfassungsmässig zugesicherten, aber nur im Zusammenhang mit der tatsächlichen Ehe berechtigten Nebenwirkung, die Beziehung zum Gegenstand unserer Betrachtung hergestellt war, fehlt hier auch dieser indirekte Zusammenhang.

Ein Eheschluss in der Absicht, die Legitimation der vorehelichen Kinder als einzige Folge zu erreichen, kann nicht als missbräuchlich bezeichnet werden. Es wird dadurch ein in tatsächlicher Beziehung der Ehe entsprechendes, bisher aber auf illegitimen Boden bestehendes Verhältnis legalisiert. Zudem stellt die Heirat nicht die einzige Möglichkeit der Legitimation dar, wie dies bei der Erlangung des Bürgerrechts durch ausgewiesene Ausländerinnen der Fall ist. Hier kann der gleiche Erfolg auch ohne Benützung der Form des Eheschlusses durch Anerkennung oder gerichtliche Zusprechung erreicht werden. Die Legitimation per sequens matrimonium ist aber da, wo sie möglich ist, jeder andern vorzuziehen, da sie zwischen den Eltern und den Kindern, wenn auch erst nachträglich, dasjenige Verhältnis schafft, der der rechtlichen Ordnung allein voll entspricht. Ein Eheschluss erfüllt also auch da, wo nur die Wirkung, die Art. 54, Abs. 5, zusichert, erstrebt wird, den ihm spezifischen Zweck, die Gründung der Familie. Er ist somit die ideale Form der Legitimation und die Rechtsordnung hat alles Interesse, dass sie gewählt wird.

Weitere Fragen, die sich aus dieser Verfassungsbestimmung ergeben, wie etwa die des Bürgerrechts, usw.[62]) beziehen sich ausschliesslich auf die Rechtsstellung der Kinder. In einer Behandlung des Rechts zur Ehe erübrigt sich das Eintreten auf diese Probleme.

---

[62]) BGE 37 I 247.

IV. Zusammenfassung.

Die Anerkennung des ausländischen Eheschlusses, die Erteilung des Bürgerrechtes des Mannes an die Ehefrau und die Legitimation vorehelicher Kinder sind durch die Verfassungsbestimmungen als Wirkungen des Eheschlusses gewährleistet. Der Akt der Trauung führt sie ipso iure herbei; eine weitere, konstitutive Rechtshandlung ist nicht erfordert. Daraus folgt, dass für ihr Eintreten keine andern Voraussetzungen erforderlich sind, als der gültige Eheschluss. Diesen hat die Verfassung von allen kirchlichen, polizeilichen und ökonomischen Beschränkungen gelöst und somit ist auch der Eintritt der genannten Wirkungen von allen derartigen Schranken befreit. Es würde z. B. eine Gebühr für die Anerkennung einer im Ausland geschlossenen Ehe oder die Legitimation vorehelicher Kinder indirekt eine ökonomische Belastung des Eheschlusses selbst bedeuten. Damit fällt sie unter den Begriff der verbotenen Ehehindernisse und wäre verfassungswidrig[63]). So erstreckt sich die Geltung der Abs. 1 und 2 mittelbar auch auf die Spezialfälle der weiteren Bestimmungen des Art. 54 BV.

Überblicken wir abschliessend das behandelte Gebiet, so können wir zusammenfassend folgendes feststellen:

Die beherrschende Absicht, die der Gesetzgeber in Art. 54 BV ausdrückt, zielte auf die Befreiung des Eheschlusses von vielfältigen Beschränkungen durch die kantonalen Gesetzgebungen ab. Hindernisse materiellrechtlicher Art wurden beseitigt, dringend wünschenswerte Wirkungen des Eheschlusses grundgesetzlich statuiert. Mit der umfassenden bundesrechtlichen Normierung des Eherechtes ist diese Funktion des Art. 54 BV bedeutungslos geworden. Das ZGB regelt die Ehehindernisse in Übereinstimmung mit den Postulaten der Ehefreiheit und die abschliessende Aufzählung der gesetzlichen Schranken des Eheschlusses lässt keinen einengenden Bestimmungen von Seiten der Kantone mehr Raum. Die Möglichkeit finanzieller Belastung durch Gebühren ist durch die VO über

[63]) Vergl. das S. 72 erwähnte Kreisschreiben des Bundesrates vom 24. August 1920, ferner BGE II 397.

den Zivilstandsdienst Art. 177 ff. ebenfalls bundesrechtlich ausgeschlossen. Im Bezug auf den Erwerb des Bürgerrechts des Ehemannes durch die Frau und die ipso-iure-Legitimation vorehelicher Kinder nehmen ZGB Art. 161, Abs. 1, bzw. Art. 258 und 259, Abs. 2, die Grundsätze der Verfassung auf und das schweizerische internationale Privatrecht trägt ihnen durchgehend Rechnung.

Ist also Art. 54 BV nur noch eine Reminiszenz aus einer Zeit, die durch die verfassungsmässige Festlegung der „Menschenrechte" die Herrschaft des Polizeistaates zu beschränken und zugleich durch diese allgemein verbindlichen Sätze ein Minimum von Einheitlichkeit in die recht verschiedenartigen Ehegesetzgebungen der Kantone zu bringen suchte?

Zieht man ausschliesslich den Wortlaut der Formulierung in Betracht, so wird man die Frage bejahen. Der allgemeine Ausdruck des Abs. 1: „Das Recht zur Ehe steht unter dem Schutze des Bundes" hat mit der Einführung der bundesrechtlichen Regelung seinen Sinn verloren, und die folgenden speziellen Forderungen haben die Ausgestaltung des modernen Eherechts bestimmt und praktische Durchführung gefunden.

Der wesentliche Inhalt des Art. 54 BV ist aber der Grundsatz der Freiheit des Eheschlusses, dessen bindender Kraft jeder gesetzgeberische, richterliche und vollziehende Akt unterworfen ist. Wir stehen heute allerdings in einer Zeit, wo die verfassungsmässigen Freiheitsrechte weit über das ursprünglich vorgesehene Mass hinaus beschränkt werden. Die Handels- und Gewerbefreiheit ist durch die Wirtschaftsentwicklung und den Krieg illusorisch geworden; die Pressefreiheit musste einer zur Wahrung der Neutralität unumgänglichen Zensur weichen; ähnliche Einschränkungen erfährt auch die Vereinsfreiheit, usw. Wohl sind dies Ergebnisse der äusseren Entwicklung, es ist aber nicht nur der Zwang der Umstände, der sich hier bemerkbar macht. Das rein individualistische Bild vom Menschen, das die Freiheitsrechte als Wesensmerkmal aufweisen, verblasst heute mehr und mehr vor der Auffassung, die den Menschen als Glied der sozialen Gemeinschaft

mit seinen Bindungen an diese sieht. Wenn auch die ausserordentlich enge Beziehung der Ehefreiheit zur eigensten Persönlichkeitssphäre einleuchtet, so macht sich doch auch hier die Tendenz bemerkbar, der sozialen Seite mehr Beachtung zu geben. So schreibt z. B. Egger in seinem Kommentar zum Familienrecht [64]) „Das heutige Eheschliessungsrecht ist nur verständlich als Reaktion gegen Zeiten und Tendenzen exorbitanter Erschwerungen des Eheabschlusses. Die Reaktion ist übers Ziel hinausgeschossen und ist selbst ins Masslose gekommen. Die Eheschliessung ist nicht ein privater Akt, welcher der Willkür des Einzelnen schlechterdings anheimgestellt sein darf. Er ist von grösster gesellschaftlicher allgemeinen Bedeutung. Ethische, armenpolizeiliche und kriminalpolitische Erwägungen rufen nach einer Ausgestaltung des Familienrechts, die eine grösstmögliche Integrität des Ehelebens gewährleistet . . ." Es leuchtet ohne weiteres ein, dass gegenüber solchen Postulaten die Umschreibung des Rechtes zur Ehe, wie sie Art. 54 BV enthält, nicht genügt. Sie wird nach weniger äusserlichen Gesichtspunkten zu geschehen haben, und wir haben im Verlaufe unserer Betrachtung immer wieder gesehen, dass sie im Wesen der Ehe und ihrer individuellen und sozialen Zweckbestimmung zu suchen sind. Damit ist allerdings die Beziehung zu den weltanschaulichen Grundlagen der Ehegesetzgebung angedeutet. Diese enge Verbindung lässt sich aber bei keinem Rechtsinstitut, am wenigsten bei einem so wesentlich sittlich bestimmten, wie die Ehe, ausschalten und durch eine kürzere, aber auch oberflächlichere Formel ersetzen.

[64]) Egger, Kommentar Familienrecht, S.

Quellen und Literatur

Affolter A.	Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, 2. Aufl., 1923
Affolter A.	Die individuellen Rechte nach der bundesgerichtlichen Praxis, Zürich, 1911
Anschütz G. u. Thoma R.	Handbuch des deutschen Staatsrechts, Tübingen, 1930
Auras E. H. R.	Probleme des Ehegesundheitsgesetzes, Diss. Bonn, 1938
von Bar L.	Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, Bd. I, Hannover, 1889
Beck E.	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Gmür), Schlusstitel: Einführungs- und Übergangsbestimmungen, II. Abschnitt, Bern, 1932
Beck E.	Die Staatsangehörigkeit der Ehefrau, Schweiz. Vereinigung für Internationales Recht, Druckschrift Nr. 30
Bergmann A.	Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 2 Bde., Berlin, 1926
Blumer-Morel	Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, Basel, 1891
Bluntschli J. C.	Allgemeines Staatsrecht, 2. Bd., München, 1868
Bluntschli J. C.	Geschichte des Schweizerischen Bundesrechts, 2. Aufl., Stuttgart, 1875
Brunner E.	Das Gebot und die Ordnungen. Entwurf einer prot.-theolog. Ethik, Tübingen, 1932
Bühler	Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung, Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914
Buomberger	Die schweizerische Ehegesetzgebung im Lichte der Statistik

Burckhardt C.	Die formellen und materiellen Erfordernisse der Eheschliessung, Zeitschrift für Schweiz. Recht, N. F. XX 269, ff.
Burckhardt W.	Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern, 1931
Burckhardt W.	Das schweizerische Bundesrecht. Staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit 1903, Frauenfeld, 1932
Burckhardt W.	Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel, 1927
Burckhardt W.	Methode und System des Rechts, Zürich, 1936
Cathrein V.	Recht, Naturrecht und positives Recht, 2. Aufl., Freiburg i. Br., 1909
Darmstätter	Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates, Heidelberg, 1930
Dittmann J.	Die 6 Haager Abkommen über internationales Privatrecht und Zivilprozess, München, 1914
Egger A.	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch das Familienrecht, Zürich, 1914
Egger A.	Über Scheinehen, Festgabe für Fleiner, 1937, S. 85 ff.
Elster L.	Handwörterbuch der Staatswissenschaften, herausgegeben mit Ad. Weber und Friedr. Wieser, 4. Aufl. Jena, 1925
Espenschied R.	Rassenhygienische Eheverbote und Ehebeschränkungen aller Völker und Zeiten, Diss. Freiburg i. Br., 1938
Fleiner F.	Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen, 1923
Fleiner F.	Die tridentinische Ehevorschrift, Zürich, 1892
Fleiner F.	Die rechtliche Stellung der katholischen Kirche zur obligatorischen Zivilehe. Diss. Zürich, 1890
Geiss H.	Wesen der Ehe und Irrtum im Eherecht des BGB, Diss. Heidelberg, 1936
Giese F.	Die Grundrechte. Tübingen, 1905
Giesker-Zeller H.	Der ordre public international in der Schweiz. Juristenzeitung, Jahrgang 1914, S. 133 ff. (Heft 9, 10 und 11)
Gmür M.	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abt., Bern, 1914

Gutzwiller Max	Internationalprivatrecht, in „Das gesamte deutsche Privatrecht", Berlin, 1931
Haake-Grosse, Schönepauk H.	Der innere Vorbehalt bei der Eheschliessung als Ehenichtigkeitsgrund nach kanonischem Recht und unter besonderer Berücksichtigung der kirchlichen Rechtspraxis. Diss. Frankfurt a. M., 1938
Hanck A.	Realenzyklopädie für protestanische Theologie und Kirche, Leipzig, 1898, Bd. V.
His Ed.	Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts, Bd. 2 und 3. Basel, 1920—1938
Huber E.	System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bd. I und IV, Basel, 1886—1893
Huber E.	Erläuterungen zum Vorentwurf des schweizerischen ZGB. Bern, 1901
Jellineck G.	Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (ergänzt durch Paulus N. in „Historische und politische Blätter", Jahrgang 1905, S. 625 ff.)
Jellineck G.	System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen, 1905
Jellineck G.	Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin, 1914
Jhering R.	Der Zweck im Recht. 2 Bde. Leipzig, 1877
Jone H.	Gesetzbuch des kanonischen Rechtes, Erklärungen der Kanones, Bd. III. Sachenrecht (Can. 726 — can. 1551). Paderborn, 1940
Kelsen H.	Der soziologische und der iuristische Staatsbegriff, 1921
Klein P.	Die Lehre vom ordre public. Archis für bürgerliches Recht, Bd. 29, S. 311
Krabbe H.	Die moderne Staatsidee, Groningen, 1919
Krabbe H.	Die Lehre der Rechtssouveränität, Groningen, 1906
Kuhn	Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1925
Kunze Joh.	Symbolik, Abschnitt: Ehe, S. 177 ff. Leipzig, 1922
Lampert U.	Das schweizerische Bundesstaatsrecht, Zürich, 1918
Lampert U.	Kirche und Staat in der Schweiz, 3 Bde., Freiburg, 1929—1939, insbesondere Bd. 1 und 2
Leo XIII.	Enzyklika „Arcanum divinae sapientiae", 1880

Linneborn J.	Grundriss des Eherechts nach dem Codex Juris Canonici, 4. und 5. Aufl. Paderborn, 1933
Lohmann W.	Der innere Vorbehalt gegen Wesensbestandteile der Ehe nach katholischem Kirchenrecht. Diss. Münster i. W., 1935
Lorenz R.	Die neuen rassischen und erbgesundheitlichen Ehehindernisse und ihre Berücksichtigung durch den Vormundschafsrichter, Diss. Bonn, 1938
Marti Hans	Der Vorbehalt des eigenen Rechts im internationalen Privatrecht der Schweiz, Bern, 1940
Meyer G.	Der Staat und die erworbenen Rechte, Leipzig, 1895
Müller A.	Die elterliche Gewalt und das schweizerische ZGB. Diss. 1909
Müller H.	Staatsarbeiter- und Beamtenrecht in der Schweiz, Zürich, 1919
Müller J. T.	Die symbolischen Bücher der evangelisch-lutherischen Kirche, deutsch u. lateinisch. 10. Aufl. Gütersloh, 1907
Neugebauer E.	Das Haager Eheschliessungsabkommen vom 12. Juni 1902, Berlin, 1914
Pius XI.	Enzyklika „Casti connubii", 1930
Rehm H.	Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht, historisch und dogmatisch dargestellt. Diss. München, 1885
Rittmeyer Oskar	Die Schutztendenzen des schweizerischen Vormundschaftsrechtes. Bern. Diss. 1926
Sacher H.	Staatslexikon I. 5. Aufl. Freiburg i. Br., 1926
v. Salis L. R.	Schweizerisches Bundesrecht, Staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung vom 29. Mai 1874 bis Ende 1902. 2. Aufl. Bern, 1903
Schnitzer A. F.	Handbuch des internationalen Privatrechts, Zürich-Leipzig, 1937
Schollenberger J. J.	Das Bundesstaatsrecht der Schweiz, Geschichte und System. 2. Aufl. unter Mitwirkung von O. Zoller, Berlin, 1920
Schollenberger J. J.	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Berlin, 1905
Schollenberger J. J.	Die schweizerischen Freiheitsrechte. Zürich, 1888

Schüle Ch.	Allgemeine Grundsätze des reformierten Kirchenrechts nach der orthodox-reformierten Lehre. Diss. Zürich, 1926
Segesser Ph. A.	Sammlung kleiner Schriften, Bd. III, Reden im Nationalrat und Staatsrechtliche Abhandlungen. Bern, 1879
Siegwart Alfr.	Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten. Freiburg, 1936
Sohm R.	Kirchenrecht, 2 Bde., 1892 und 1923
Soloweitschik G.	Das Eherecht Sovietrusslands und seine Stellung im internationalen Privatrecht, 1931
Spivak S.	Die Ungültigkeit der Ehe nach dem internationalen Privatrecht der Schweiz mit Berücksichtigung der Haager Eheschliessungskonvention, Diss. Zürich, 1928
Stammler R.	Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit, Leipzig, 1917
Stammler R.	Die Lehre vom richtigen Rechte, Berlin, 1902
Steinle Kurt	Die zweiseitigen Ehehindernisse im internationalen Privatrecht. Diss. München, 1939
v. Stengel K.	Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Aufl. Tübingen, 1911
Ullmer R. M.	Die staatsrechtliche Praxis der schweizerischen Bundesbehörden 1848—1860. Zürich, 1862
Walker G.	Internationales Privatrecht, 5. Aufl. Wien, 1934
Weber H.	Die Lehre vom ordre public international mit Berücksichtigung der schweizerischen Praxis. Diss. Zürich, 1922
Zscharnack.	Die Religion in Geschichte und Gegenwart. Bd. 2, S. 202 ff. („Ehe"). Tübingen, 1910

Schweizerische Bundesverfassung vom 29. Mai 1874

Offizielle Sammlung der Konkordate und Staatsvertr., 3 Bde. bis 1848

Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft

Bundesblatt

Stenographisches Bulletin der Verhandlungen in den eidgenössischen Räten

Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichts, Bd. 1—65

Schweizerische Juristenzeitung (S. J. Z.)